

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la Situation Politique des Sénégalais

Originaires des Communes de plein exercice

telle qu'elle résulte des Lois des 19 Octobre 1913, 29 Septembre 1916
et de la Jurisprudence antérieure

*Conséquences au point de vue du conflit
des lois françaises et musulmanes en matière civile*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences Juridiques*)

Présentée et soutenue le 1^{er} Décembre 1921, à 15 h. 30

PAR

LAMINE GUEYE

Président : M. WEISS

Suffragants { M. CARPENTIER
 { M. GIDEL

ÉDITIONS

DE "LA VIE UNIVERSITAIRE"

13, QUAI DE CONTI, 13

De la Situation Politique des Sénégalais

Originaires des Communes de plein exercice

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

De la Situation Politique des Sénégalais

Originaires des Communes de plein exercice

telle qu'elle résulte des Lois des 19 Octobre 1913, 29 Septembre 1916
et de la Jurisprudence antérieure

*Conséquences au point de vue du conflit
des lois françaises et musulmanes en matière civile*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 1^{er} Décembre 1921, à 15 h. 30

PAR

LAMINE GUEYE

Président : M. WEISS

Suffragants { M. CARPENTIER
M. GIDEL



ÉDITIONS

DE "LA VIE UNIVERSITAIRE"

13, QUAI DE CONTI, 13

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent
être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

Lorsque nous avons entrepris la rédaction de cette étude sur la situation juridique des Sénégalais originaires des communes de plein exercice, nous savions par avance combien délicat était le sujet et quelles grosses inquiétudes il allait soulever parmi nos compatriotes musulmans.

Ces inquiétudes sont justifiées par le fait que, depuis les lois du 19 octobre 1915 et 29 septembre 1916, les critiques les plus véhémentes ont été formulées à notre encontre par des personnes aux yeux de qui les deux lois précitées sont un non-sens et un paradoxe, en ce qu'elles confèrent la qualité de citoyens français à des Indigènes musulmans, tout en leur permettant de conserver le bénéfice de leur statut religieux.

A ne considérer la question qu'au point de vue strictement juridique et doctrinal, on ne peut manquer, en effet, de reconnaître que la situation des Sénégalais des communes, telle qu'elle se trouve établie par la législation actuelle, constitue une dérogation remarquable aux principes du droit français, et notamment à l'article 3, paragraphe 3, du Code civil, qui vise incontestablement la loi française lorsqu'il stipule que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Mais, envisager le problème sous un tel aspect, c'est faire preuve d'une méconnaissance profonde des règles dont le législateur colonial est tenu de s'inspirer pour donner aux lois et règlements qu'il édicte toute leur

valeur et toute leur portée sociale et économique ; ceux-ci doivent présenter, avant tout, un caractère de grande souplesse, variable avec les circonstances politiques du moment, le degré et la capacité d'assimilation des populations qu'ils régissent, leurs us et coutumes, leurs traditions religieuses, etc.

On s'explique ainsi pourquoi il est aujourd'hui de jurisprudence et de doctrine qu'aucune loi en vigueur dans la métropole ne sera applicable aux colonies, sans y avoir été l'objet d'une promulgation spéciale prévue par le pouvoir législatif lui-même, et après qu'il aura été tenu compte de toutes les conséquences pouvant résulter de cette promulgation totale ou partielle.

Ces principes étant posés, il devient très facile de démontrer qu'au regard des musulmans des communes du Sénégal, les lois de 1915 et de 1916 n'ont pas le caractère de paradoxe qu'on s'est plu à leur donner et que, à les examiner sans passion et en toute impartialité, il ne serait pas impossible de les expliquer autrement que par les raisons d'ordre politique et militaire sous la pression desquelles le Parlement a été amené à les voter.

A cette fin, nous ferons d'abord un exposé rapide de l'histoire de la colonisation du Sénégal en insistant spécialement sur les circonstances, dont le concours justifie la situation privilégiée que la France nous a faite parmi nos compatriotes de ses autres possessions africaines ; nous étudierons ensuite l'évolution de la législation et nous en ferons ressortir les tendances diverses selon la politique des gouvernements qui se sont succédé à la colonie dans le courant du 19^e siècle et des quinze premières années du 20^e ; nous terminerons par l'exposé des

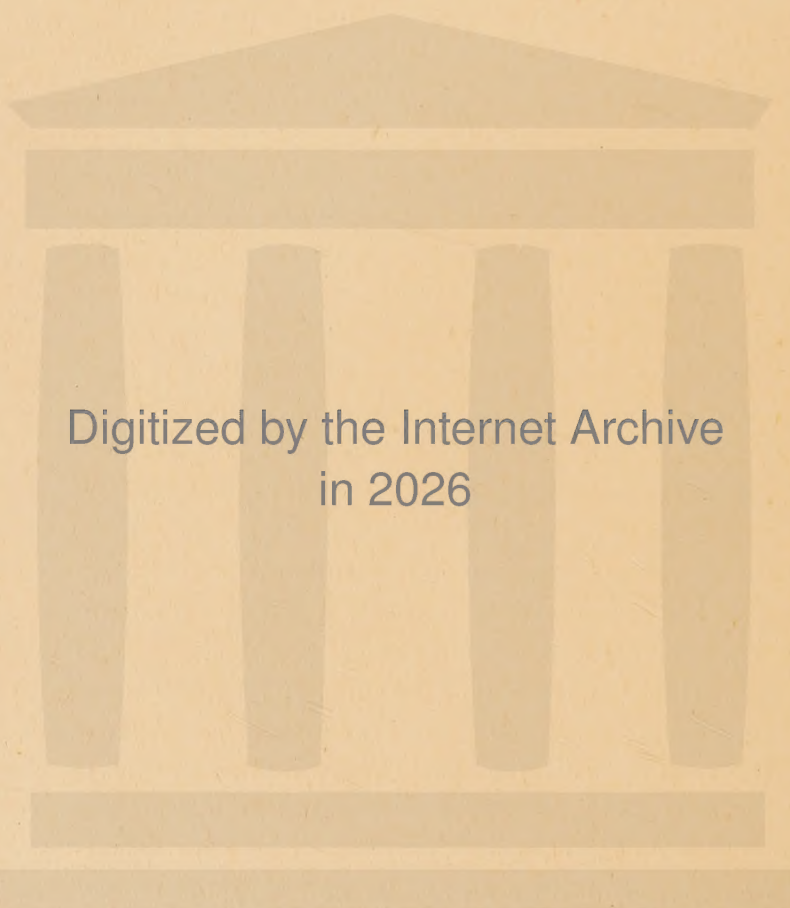
principaux cas de conflit entre les lois françaises et musulmanes et nous discuterons la valeur juridique des objections soulevées par les adversaires des lois de 1915 et de 1916.

Nous déclarons, une fois pour toutes, qu'en entreprenant cette étude, nous ne poursuivons d'autre satisfaction que celle d'avoir contribué pour notre modeste part à projeter un peu de lumière sur un problème dont on ne peut nier l'importance et la complexité ; nous n'aurons d'autre guide que notre conscience et ce que nous croyons être l'expression de la vérité juridique, sans nous préoccuper de savoir si cette vérité nous est favorable ou non ; nous n'éprouverons donc pas de surprise si nos opinions nous valent des prises à partie, non seulement de la part de ceux dont nous ne partageons pas la doctrine, mais encore parmi nos coreligionnaires musulmans dont nous connaissons la susceptibilité sur toutes les questions qui touchent de près ou de loin à leurs pratiques rituelles.

D'ailleurs, il serait trop commode si l'on pouvait livrer sa pensée à la publicité sans s'exposer à passer soi-même à travers le crible de l'opinion et de la critique.

En terminant, nous tenons à exprimer ici notre profonde et cordiale gratitude à notre savant maître, M. André Weis, membre de l'Institut, professeur de droit international public et privé à la Faculté de droit de l'Université de Paris, pour l'empressement avec lequel il a bien voulu consentir à présider notre épreuve, nous permettant ainsi de mettre à contribution sa vaste compétence et son autorité de jurisconsulte dont l'Université française s'enorgueillit à juste titre.

L. GUEYE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

Origine historique de la condition actuelle des Sénégalais

C'est vers la fin du xiv^e siècle que les premiers Français apparurent au Sénégal, mais ils n'y séjournèrent pas d'une façon continue.

D'une part, l'obligation de défendre le sol de la Patrie contre l'invasion anglaise pendant la Guerre de Cent ans, et, d'autre part, l'état d'isolement et l'absence de toute espèce d'appui de la Métropole, furent les deux causes principales de leur instabilité sur la côte d'Afrique.

Il faudra arriver jusqu'à la seconde moitié du xvii^e siècle pour assister à quelques essais de colonisation proprement dite, avec les Directeurs des Compagnies dont André Brüe fut le plus illustre et le seul dont le nom mérite d'être retenu, autant par les résultats de son activité que par les solides qualités d'Administrateur dont il fit preuve à la tête de la Compagnie du Sénégal Cap Nord et Côte d'Afrique.

C'est à cette époque que remontent les premiers traités de commerce ou de protectorat passés avec les chefs indigènes du littoral et de la vallée du Sénégal.

A quelques rares exceptions près, ils témoignèrent tous d'un loyalisme et d'une fidélité tels que les Direc-

teurs des Compagnies, et après eux les Gouverneurs, songèrent de bonne heure à en faire des associés pour la mise en valeur du pays.

Il convient de noter, à cet égard, que la colonisation du Sénégal présente ce caractère particulier d'avoir pu s'effectuer tout le long de son histoire sans qu'il fut jamais nécessaire d'entreprendre une guerre contre les souverains autochtones ; l'occupation progressive du pays n'a été que le résultat d'une suite d'accords et de traités passés avec les différents chefs.

Si le fait nous a paru digne d'être signalé, c'est parce qu'en maintes circonstances il nous a été donné de voir quelques Européens, dont l'inexpérience est d'ailleurs la meilleure des excuses, se donner en présence de l'indigène un air de conquistador et le traiter avec hauteur, comme s'il était permis d'oublier que c'est de son plein gré que le Sénégal s'est offert à la France, et son cœur avec.

Ce loyalisme et cet attachement de nos ancêtres envers la France, ni les revers de la Guerre de sept ans, ni les troubles des premiers jours de la Révolution ne réussirent à les entamer ; bien mieux, lorsqu'en 1793, les armées étrangères, sous la conduite du duc de Brunswick, s'apprêtaient à étouffer la République naissante, le Sénégal, dans un geste spontané et de la plus haute portée patriotique, envoya sa contribution financière au Gouvernement de la Convention pour l'aider à repousser les ennemis envahisseurs. Cependant, le Sénégal était l'objet des convoitises des Anglais qui n'attendaient que l'occasion propice pour s'en emparer ; mais ils avaient compté sans la vaillance de la popula-

tion, fermement résolue à ne pas se séparer de la France à laquelle elle s'était donnée entièrement et sans réserves.

Aussi bien, lorsqu'au début de l'Empire, les Anglais se décidèrent à attaquer le Sénégal, ils se heurtèrent, de la part de ses défenseurs, à une résistance acharnée, opiniâtre ; les villes de Saint-Louis et de Gorée passèrent alternativement des mains des Français à celles des Anglais et la lutte se poursuivit jusqu'au 14 juillet 1809, date à laquelle la capitale tomba au pouvoir des assiégeants, le général Blanchot, gouverneur de la colonie, étant mort deux ans auparavant à la tête de ses vaillants administrés.

Ceux-ci, pour marquer une fois de plus leur attachement envers la France, en la personne de son représentant en terre africaine, ouvrirent une souscription publique avec le produit de laquelle ils firent venir d'Europe le marbre qui couvre le tombeau de l'héroïque Gouverneur dans le modeste cimetière de Saint-Louis.

Enfin, selon la volonté formelle des Sénégalais, il fut inséré dans l'acte même de capitulation, que jamais ils ne pourraient être contraints de porter les armes contre la France. De tels précédents sont rares dans l'histoire des conquêtes et des annexions ; aussi, il faudrait tout ignorer de la grandeur d'âme de notre Mère Patrie pour ne pas comprendre qu'elle ait fait une situation privilégiée à des enfants qui l'ont si bien servie, et avec tant de cœur et de dévouement.

Depuis lors, les villes de Saint-Louis et de Gorée, et, un peu plus tard, celles de Dakar et de Rufisque,

ont constitué comme une sorte de pépinière destinée à alimenter les administrations civiles et militaires, ainsi que les divers corps de métier, en leur fournissant les meilleurs de leurs enfants pour l'édification de l'œuvre française en protectorat.

C'est Saint-Louis qui fut le berceau de ces admirables bataillons de volontaires Sénégalais, connus sous le nom de « laptots » et qui, sous le commandement de Faidherbe, Pinet-Laprade et Brière de l'Isle, ont puissamment contribué à asseoir l'autorité et le prestige de la France parmi les populations du Haut-Fleuve.

Aux bataillons de laptots ont succédé les tirailleurs sénégalais dont nous amoindririons le mérite en essayant de faire l'éloge dans le cadre restreint de ce travail ; d'ailleurs, mieux que quiconque, l'histoire se chargera de dire ce que furent et ce que sont encore ces belles troupes pour la Mère Patrie dont elles sont l'orgueil et la fierté. Le Dahomey, Madagascar, le Soudan français, le Congo, l'Oubangui-Chari-Tchad, la Mauritanie et le Maroc, tel est le bilan de leur héroïsme et de leur vaillance en moins d'un demi-siècle d'histoire. C'est encore de Saint-Louis que sont partis les Sénégalais Bouel Magdad Seck, interprète, et Alioune Macodé, lieutenant de cavalerie, pour s'enfoncer dans les profondeurs du Sahara, avec la mission de faire connaître et aimer la France parmi les populations demeurées jusque-là hostiles à toute idée de soumission à une puissance européenne.

Dès lors, comment pourra-t-on s'étonner que tant de dévouement et de loyalisme se trouvassent récompensés par l'octroi aux Sénégalais de la qualité de citoyens

Français avec toutes les prérogatives et toutes les charges qui en découlent ?

On a objecté que, dans ces conditions, nos frères des bataillons de tirailleurs ont mérité eux aussi le droit de cité, de par leur héroïsme et le sacrifice qu'ils ont fait à la France de leurs plus chères affections, de leur sang et même de leur vie.

Il n'a jamais été dans notre pensée de sous estimer le mérite de ces bons ouvriers de la cause française en Afrique, et de tout notre cœur, nous aurions désiré qu'au sortir du régiment, ils pussent être admis à la jouissance de tous les droits civils et politiques sans autre formalité, ni condition, que celle d'avoir servi la France avec honneur et fidélité.

Le jour n'est peut-être pas loin où ce résultat sera atteint, grâce à une politique plus libérale et plus accentuée vers la destruction du préjugé de couleur : ce jour-là, il ne sera plus permis de penser, qu'au regard de l'indigène des colonies, la belle devise républicaine n'a pas de réalité objective.

Monuments législatifs antérieurs au décret du 20 mai 1857

La question du statut civil des Sénégalais se trouve posée pour la première fois, en termes précis, par le décret du 16 pluviôse an II, qui proclame « l'abolition de l'esclavage des nègres et décide que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies françaises, sont citoyens français et jouissent de tous les droits assurés par la Constitution. Voir l'annexe n° 334 au procès-verbal du Sénat, séance du 28 septembre 1915, page 5.

Les termes par trop absolus de ce décret trahissent les tendances ultra-égalitaires de la Révolution, tendances que nous retrouverons non seulement à l'égard des indigènes des colonies, mais encore sur le terrain des relations internationales où elles aboutirent à créer une situation privilégiée en faveur des étrangers résidant en France, alors qu'aucune garantie de réciprocité n'avait été accordée à nos compatriotes établis hors du territoire français.

Au point de vue spécial des habitants des vieilles colonies, on reproche au décret de la Convention de ne pas tenir compte des différences de mentalité existant entre les Français d'origine métropolitaine et ceux des possessions d'outre-mer ; de nantir ces derniers d'un pouvoir politique d'autant plus redoutable qu'il se trouvait

entre les mains d'individus insuffisamment préparés à la nouvelle condition sociale qu'on leur créait.

La bonne foi la plus élémentaire oblige à convenir que toutes ces craintes n'étaient pas dénuées de fondement ; mais on peut ajouter qu'en ce qui concerne le Sénégal, elles ne tardèrent pas à se dissiper, les difficultés matérielles de la vie dans les dernières années de la Révolution n'ayant pas laissé à nos pères le loisir de s'occuper des questions politiques. Ce fut là, probablement, une des raisons pour lesquelles le gouvernement local ne crut pas devoir prendre une mesure d'exception ou de restriction à l'égard des indigènes, lorsque, par arrêté en date du 5 novembre 1830, il était décidé que le « territoire de la colonie est considéré, dans l'application du Code civil, comme partie intégrante de la Métropole, et que tout individu né libre et habitant le Sénégal ou ses dépendances jouira, dans la colonie, des droits accordés par le Code civil aux citoyens français ».

Le texte de cet arrêté est rapporté au Bulletin administratif du Sénégal, année 1830, page 303.

Il va de soi que l'arrêté local du 5 novembre 1830 ne saurait, en aucun cas, être interprété dans ce sens que les lois en vigueur dans la Métropole sont applicables *de plano* aux individus domiciliés dans le territoire de la colonie ; nous avons déjà vu, à cet égard, qu'un simple arrêté des Gouverneurs ne saurait suppléer à l'absence d'une disposition législative étendant aux colonies l'application des lois votées par le Parlement. Voir dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 juillet 1869 (D. P. 1870, 1, 237) ; Dislère,

Traité de législation coloniale, 4^e édit., tome I, page 217.

De tout ce qui précède, il résulte que la loi du 24 avril 1833, promulguée dans la colonie par arrêté en date du 3 juillet 1833, n'a créé aucun droit nouveau au profit des Sénégalais, puisque ces derniers jouissaient déjà de la qualité de citoyen avec toutes les charges et prérogatives attachées à la possession de cette qualité ; la loi de 1833 n'est qu'un texte confirmatif du décret du 16 pluviôse an II, ainsi qu'on peut s'en rendre compte par les termes mêmes de sa teneur :

« Louis Philippe, Roi des Français, à tous présents et à venir,
« salut,

« Les Chambres ont adopté, nous avons ordonné et ordonnons
« ce qui suit :

« Art. 1^{er}. — Toute personne née libre ou ayant acquis légale-
« ment la liberté jouit dans les colonies françaises : 1^o des droits
« civils ; 2^o des droits politiques, sous les conditions prescrites par
« les lois.

« Art. 2. — Sont abrogées toutes dispositions de lois, édits,
« déclarations du Roi, ordonnances royales ou autres actes con-
« traire à la présente loi, et notamment toutes restrictions ou
« exclusions qui avaient été prononcées, quant à l'exercice des
« droits civils et politiques, à l'égard des hommes de couleur libre
« et des affranchis.

« Fait à Paris, au Palais des Tuileries, le 24^e jour du mois d'avril
« 1833.

« Signé : LOUIS-PHILIPPE. »

On voit avec quelle netteté et avec quelle précision la situation juridique des Sénégalais se trouve définie par la loi ci-dessus ; il semble, dès lors, qu'elle ne dût donner lieu à aucune difficulté d'interprétation ou d'application de la part des autorités judiciaires ou administratives ; c'est, en effet, ce qui arriva aussi longtemps que

les indigènes se sont montrés indifférents aux questions politiques, ou n'ont pas revendiqué le droit d'être admis dans les emplois élevés des cadres de l'administration.

Mais du jour où ces mêmes indigènes ont entendu jouir des avantages à eux conférés par la loi, on assista à l'éclosion de toute une jurisprudence nouvelle où se dégageait la constante préoccupation de restreindre les droits assurés à l'élément local, tant au point de vue de la capacité électorale qu'à celui de leur accession aux carrières militaires ou administratives.

Nous aurons à revenir sur les nombreux arrêts de la Cour de cassation qui ont consacré cette jurisprudence à partir de la promulgation du décret du 20 mai 1857 sur l'organisation de la justice musulmane au Sénégal.

Avant de terminer ce chapitre, nous croyons devoir expliquer pourquoi les dispositions pourtant si générales de la loi de 1833 n'ont pu s'appliquer jusqu'ici qu'aux seuls originaires des quatre communes de plein exercice, à l'exclusion des indigènes habitant les autres régions de la colonie.

M. Dareste en donne les raisons dans la remarquable étude qu'il consacre à la question de notre statut dans le *Recueil de législation, de doctrine et jurisprudence coloniales*, année 1916, p. 13.

« La restriction de l'application de la loi aux communes de plein exercice, écrit l'éminent jurisconsulte, s'explique historiquement. Les seules communes de plein exercice qui existent aujourd'hui sont les quatre communes de Saint-Louis, Dakar, Rufisque et Gorée, c'est-à-dire, à peu de chose près, l'ancien Sénégal,

« celui qui a été rendu à la France en 1915, celui qui
« constituait encore toute la colonie française en 1848.

.

« On s'est gardé, non sans raison, d'étendre le droit
« de vote aux indigènes des pays successivement con-
« quis, même à ceux d'administration directe ».

On en est encore à se demander les raisons vraies de cette politique restrictive à l'égard de nos compatriotes des territoires d'administration directe, dont beaucoup, à l'heure actuelle, ont réussi à se mettre au niveau moyen de l'Européen par leur culture et leur éducation ; en tout cas, et se fondant sur les données d'une expérience de plusieurs années, on peut affirmer que ce n'est pas pour le motif que la qualité de citoyen français est appelée à devenir un signe de discrédit aux yeux de la masse des indigènes du Sénégal, comme le pensait et l'écrivait M. P. Dareste au lendemain de la loi du 29 septembre 1916.

Des effets de la promulgation au Sénégal du décret du 20 mai 1857

ÉTUDE JURISPRUDENTIELLE

Dans le chapitre précédent, on a passé en revue les textes anciens les plus intéressants sur la situation juridique des Sénégalais originaires des communes de plein exercice ; mais la question n'a revêtu un caractère de particulière importance qu'à partir de la promulgation du décret du 20 mai 1857, sur l'organisation de la justice musulmane, par arrêté local en date du 23 juin de la même année.

Aux termes de l'art. 2 de ce décret, le tribunal musulman créé à Saint-Louis « connaît exclusivement des affaires entre indigènes musulmans et relatives aux questions qui intéressent l'état civil, le mariage, les successions, donations et testaments. Les causes sont instruites et jugées d'après le droit et suivant les formes de procéder en usage chez les musulmans. Il connaît de l'exécution de ses jugements ».

Une première question se pose quant à la nature de l'incompétence des tribunaux français à l'égard des indigènes musulmans dans les contestations relatives à leur état civil, mariage, etc... Il semble logique de décider que cette incompétence est *ratione personæ* ; c'est du moins la solution qui paraît résulter de l'art. 4 du décret précité et disposant que les parties peuvent, d'un

commun accord, porter leurs litiges devant les tribunaux français statuant selon les règles de compétence et les formes de la loi française. « Le consentement des parties n'a d'ailleurs pas besoin d'être constaté par un acte écrit et formel ; il peut résulter de leur simple comparution volontaire devant le tribunal français ».

En réalité, et dans un grand nombre de cas d'espèce, les tribunaux français se sont déclarés incompétents, en faveur de la juridiction musulmane, pour des questions dévolues à cette dernière par l'art. 2 du décret du 20 mai 1857. Sans qu'il y ait lieu de s'arrêter aux raisons plus ou moins plausibles des décisions rendues à cet égard par les tribunaux français, on peut et on doit se demander quels sont les changements apportés à la condition juridique des indigènes musulmans des communes, par l'effet de la promulgation de notre décret.

Une première conséquence est tirée d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 octobre 1891, aux termes duquel les dispositions de l'art. 2 du décret dont s'agit « rendent inutile l'examen du sens et de la portée d'application de l'arrêté colonial du 5 novembre 1830, lequel a promulgué le Code civil dans la colonie et a déclaré que le territoire de celle-ci doit être considéré, pour l'application du Code civil, comme partie intégrante de la Métropole, toutes les fois qu'un litige rentrant dans les prévisions du décret de 1857 s'élève entre les musulmans du Sénégal ».

Voir le texte de cet arrêt dans le Dalloz périodique 93. 1. 495.

Par un argument *a contrario*, on est conduit à admettre que l'institution d'une justice musulmane au

Sénégal, dans les conditions que nous venons d'indiquer, ne fait nullement échec à la compétence *ratione materiæ* des tribunaux français, dans tous les cas où les contestations entre indigènes musulmans sont en dehors des questions limitativement déterminées par l'art. 2 du décret de 1857.

Il n'en pourrait être autrement qu'à la condition que la juridiction musulmane fût celle de droit commun, à l'instar de ce qui a été décidé pour l'Algérie sous l'empire du décret du 13 décembre 1866, dont l'art. 1^{er} dispose que la loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre musulmans indigènes, et entre ceux-ci et les musulmans étrangers, ainsi que les questions d'état.

En l'absence d'une pareille disposition au regard des musulmans du Sénégal, il y a lieu de se conformer au principe fondamental du Droit français, d'après lequel les tribunaux civils ne peuvent être incompetents qu'à l'égard des questions spécialement et expressément attribuées à la connaissance des juridictions exceptionnelles. Voir, dans le sens de cette opinion, le Répertoire Dalloz, v^o Organisation des colonies, n^o 709, où il est dit notamment que le décret du 20 mai 1857, en réservant à la justice musulmane le jugement, d'après la loi musulmane, des seules questions énumérées en son art. 2, enlève implicitement le bénéfice du statut personnel aux Maures ou Arabes touchant les autres questions, et notamment les contrats et obligations, ventes, achats, prêts, gages, etc. Sous ce rapport, la loi du Sénégal est allée bien plus loin que celle de l'Algérie dans la voie de l'assimilation législative avec la

Métropole (Circulaire du ministre de la marine et des colonies, en date du 10 juin 1862).

Dans un autre ordre d'idées, le décret de 1857 soulève la question de savoir, si, par l'effet de sa promulgation, il a pu faire perdre aux Sénégalais la qualité de citoyens français impliquant la jouissance de la plénitude des droits civils et politiques. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas toujours été uniforme sur ce point.

C'est ainsi que par son arrêt en date du 19 octobre 1891, dont nous avons déjà fait mention, la Cour suprême a décidé que les indigènes musulmans du Sénégal ont la qualité de citoyen français par suite de la promulgation dans leur colonie des art. 11 à 45, 74 à 87 et 165 de la loi municipale du 5 avril 1884, par décret du 26 juin de la même année (*Moniteur du Sénégal et dépendances*, 1884, p. 258).

Cette jurisprudence, pour nous être favorable en tout état de cause, ne nous en paraît pas moins critiquable en ce qu'elle fait remonter l'origine de notre qualité de citoyens français à la loi de 1884, alors que les dispositions de la loi du 24 avril 1833 n'ont jamais été abrogées, ni formellement, ni implicitement, par aucun texte législatif subséquent à l'égard des Sénégalais.

Au surplus, n'est-ce pas exagérer singulièrement la portée de la loi de 1884 et lui faire dire plus qu'elle ne saurait ou ne voudrait dire, en lui attribuant le pouvoir de créer des citoyens français par le seul fait de sa promulgation partielle dans une colonie ? Une pareille théorie aboutirait à reconnaître la même qualité de citoyen français aux indigènes musulmans des communes de l'Algérie où la loi municipale a fait l'objet

d'une promulgation régulière, aux termes mêmes de son art. 164.

Or, il a été jugé que les indigènes musulmans de l'Algérie ne sont pas citoyens français, et ne jouissent des droits politiques qu'autant qu'une loi spéciale les leur a attribués (Cassation 5 mai 1879).

Cet arrêt, quoique antérieur à la loi de 1884, est encore aujourd'hui en concordance parfaite avec la doctrine des auteurs qui enseignent que les indigènes musulmans d'Algérie ne sont pas citoyens français et ne jouissent pas des droits politiques (A. Weiss, *Tr. théor. et prat. de droit int. privé*, tome I, p. 390 ; Aubry et Rau, tome I, p. 422 et 423 ; Mérignac, *Précis de législ. colon.*, p. 330).

Au reste, comme le remarque fort justement M. P. Darestre, « le rattachement du droit électoral à la loi municipale aurait conduit logiquement à accorder le vote aux *habitants* des quatre communes. Ce n'est point ce qu'a fait la Cour de cassation : elle l'accorde aux *originaires* de ces communes, créant ainsi une sorte de nationalité particulière dans la nationalité générale, chose tout à fait contraire, il est à peine besoin de le dire, à la lettre comme à l'esprit de l'organisation communale moderne. »

Pour les raisons ci-dessus exposées, il n'est donc pas possible de considérer la question de la condition des Sénégalais originaires des communes comme définitivement tranchée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1891. La meilleure preuve consiste dans l'abandon de cette jurisprudence ancienne, au profit de celle plus récente dans laquelle la Cour

suprême s'est nettement prononcée dans le sens que les indigènes des quatre communes du Sénégal ne sont pas citoyens français, malgré l'attribution qui leur a été faite de la jouissance des droits politiques.

« Attendu que, si la concession d'un droit électoral
« aux indigènes n'a pas eu pour effet de conférer à
« ceux qui ne sont pas naturalisés la qualité de
« citoyen, qui seule pourrait leur permettre de jouir
« de la plénitude des droits politiques et de les exercer,
« par suite, dans d'autres colonies ou dans la métro-
« pole, il en résulte pour eux l'aptitude à prendre part
« aux élections intéressant la colonie dont ils sont
« originaires » (Cassation 22 juillet 1908. Affaire Moussé M'Baye et consorts contre Lieutenant-Gouverneur du Sénégal).

Cet arrêt se trouve confirmé en tous points par celui du 26 avril 1909 intervenu à la suite du pourvoi de N'Dondy Diop contre le jugement du tribunal de Saint-Louis statuant en matière électorale.

La jurisprudence de la Cour suprême était donc fixée désormais dans ce sens que les indigènes du Sénégal ayant conservé le bénéfice de leur statut personnel ne pouvaient prétendre à la qualité de citoyens français que sous la condition d'y avoir été admis par voie de naturalisation individuelle ; en ce qui concerne les natifs des quatre communes, il était décidé que leur qualité d'électeur ne saurait nullement impliquer qu'ils pussent être considérés comme de véritables citoyens, d'où la conséquence que l'exercice des droits politiques se limitait pour eux aux seules élections intéressant leur colonie d'origine.

Il est remarquable de constater la frappante analogie entre la situation des Sénégalais, aux termes de l'arrêt ci-dessus, avec celle des indigènes non renonçants de l'Inde, à l'égard desquels la Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les droits politiques sont limités, dans leur exercice, au territoire de leur colonie, et qu'ils ne peuvent en revendiquer le bénéfice, ni sur le sol de la Métropole, ni dans une autre possession française : Cass. 31 janv. 1888 (D. P. 88. 1. 81.)

La Cour d'appel de l'Afrique occidentale française ne s'est pas prononcée tout à fait dans le même sens que les arrêts ci-dessus. Aux termes de sa jurisprudence, il y a lieu de faire une distinction entre les indigènes musulmans et ceux qui n'ont jamais bénéficié d'un statut spécial et se sont toujours conformés aux prescriptions du Code civil.

L'espèce était la suivante :

Le sieur André Diouf, originaire de Gorée, avait demandé et obtenu d'être porté sur la liste de recrutement du Sénégal de l'année 1913. Le Conseil de révision de Dakar, statuant à l'égard de ce Sénégalais, l'admit sous décision conditionnelle, en conformité de l'art. 28 de la loi du 21 mars 1905, étant entendu que les tribunaux judiciaires auraient à trancher la question préjudiciable du statut de André Diouf, et cela contrairement avec M. le Lieutenant-Gouverneur du Sénégal.

Sur l'assignation de ce haut fonctionnaire, André Diouf comparaissait devant le Tribunal de première instance de Dakar, lequel, par jugement en date du 10 janvier 1914, déclara que cet indigène avait bien la

qualité de Français, au sens de l'art. 3 de la loi du 21 mars 1905.

Appel fut interjeté par M. le Lieutenant-Gouverneur du Sénégal, et l'affaire vint à l'audience du 15 janvier 1915 de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale française qui, par un arrêt fortement motivé, débouta l'appelant de ses demandes, fins et conclusions, et confirma le premier jugement en ce qu'il a déclaré le sieur André Diouf français au sens de l'art. 3 de la loi du 21 mars 1905.

Dans le mémoire produit à la Cour, l'Administration concluait aux fins d'infirmer le jugement attaqué, sous prétexte qu'il avait méconnu la législation locale, de même que la jurisprudence constante de la Cour de cassation, aux termes desquelles aucun indigène du Sénégal ne pouvait revendiquer la qualité de citoyen français, en raison du statut personnel qui leur avait été reconnu.

Pour la réfutation de cette thèse, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire ci-dessous un certain nombre des attendus de la Cour :

« Attendu que le statut reconnu au profit de la population musulmane a été maintenu par toute la législation postérieure et a même été accordé aux indigènes non musulmans par l'art. 29 du décret du 10 novembre 1903 ;

Attendu que l'attribution de cette faveur exorbitante du droit commun a eu pour conséquence d'enlever à ceux qui en ont bénéficié, sur leur demande, tout droit à la qualité de citoyen français ;

.

Mais attendu que, si le titre de citoyen ne peut, pour les raisons ci-dessus exposées, être reconnu aux indigènes musulmans, il n'en est plus de même à l'égard de ceux qui n'ont jamais réclamé ou possédé, soit le statut musulman, soit tout autre statut indigène.

Attendu qu'il n'est pas douteux que, contrairement à l'affirmation de l'appelant, il a existé et existe encore au Sénégal de nombreux indigènes restés soumis au droit commun et n'ayant jamais bénéficié d'un statut spécial, que telle est notamment la situation des indigènes natifs de Gorée, lesquels ont, de tout temps, été justiciables de nos tribunaux et se sont toujours conformés aux prescriptions de notre Code civil.

.

Attendu qu'en considération de ce qui précède, il appartenait à l'appelant, demandeur au procès, d'établir que ceux dont il contestait la nationalité avaient conservé leur statut personnel et n'avaient pu, par suite, acquérir la qualité de citoyen ;

Attendu que M. le Lieutenant-Gouverneur du Sénégal ne rapporte que cette preuve et qu'à ce point de vue déjà sa demande doit être rejetée ; qu'il ne conteste pas, au surplus, que l'intimé soit né à Gorée, de parents qui eux-mêmes y sont nés et qui ont professé comme lui la religion catholique ; qu'à la vérité, l'appelant entend enlever toute portée juridique à cette dernière circonstance en soutenant, avec raison d'ailleurs, que l'acquisition de la nationalité française ne peut résulter de l'adoption et de la pratique d'une foi religieuse quelconque ;

Mais attendu que, quel que soit le bien fondé de cette

argumentation, il n'est pas possible d'écarter la circonstance susvisée ; qu'elle ne prouve pas, en effet, que l'intimé soit Français, mais qu'en ajoutant aux autres éléments de conviction résultant notamment de ce que l'intimé né à Gorée, de parents qui eux-mêmes y sont nés et qui l'ont régulièrement reconnu, conformément aux prescriptions de notre Code civil, entend accomplir, par son incorporation dans l'armée, le plus impérieux des devoirs civiques, le fait qu'il appartient à la religion catholique démontre péremptoirement qu'il n'a pas le statut musulman ; que, d'autre part, il n'est pas établi qu'il possède un autre statut indigène, d'où la conséquence que, sans qu'il y ait lieu d'appointer ledit intimé à rapporter une preuve qu'il n'est pas tenu de fournir, il y a lieu de décider qu'il n'est pas régi par la législation applicable aux indigènes nantis du statut personnel et qu'il a le statut français, par application des dispositions de la loi du 24 avril 1833, laquelle n'a été ni formellement ni implicitement abrogée par aucun texte législatif postérieur ; que Diouf André doit être, dans ces conditions, considéré comme Français dans les termes de l'art. 3 de la loi du 21 mars 1905. »

Comme on a pu le voir, cet arrêt est d'une logique rigoureuse, et il s'en dégage le souci évident de serrer de près la réalité juridique, sans considération aucune pour la personnalité des parties en cause.

Nous ferons cependant une remarque au sujet de la distinction que la Cour d'appel a entendu établir entre les indigènes musulmans et les catholiques ; si elle a pu décider que les premiers avaient perdu tout droit au

titre de citoyen français, c'est incontestablement pour cette raison qu'aux yeux de la Cour le décret du 20 mai 1857 avait eu pour effet de restreindre les droits assurés à cette catégorie d'indigènes par la loi du 24 avril 1833 ; autrement dit, cette loi avait été implicitement abrogée à l'égard des musulmans du Sénégal. Or, s'il en était réellement ainsi, on serait forcé d'admettre que l'arrêt contient une contradiction flagrante, puisqu'il dispose dans son dernier paragraphe que la loi de 1833 n'a été ni formellement ni implicitement abrogée par aucun texte législatif postérieur.

Nous concluons donc en disant qu'à la veille de la loi du 19 octobre 1915, la question de la condition juridique des Sénégalais originaires des quatre communes n'avait été définitivement tranchée ni par la jurisprudence de la Cour de cassation, ni par celle de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale française, encore que, à notre point de vue, cette dernière jurisprudence ait constitué un réel progrès sur toutes celles qui l'avaient précédée en la matière.

Le décret du 20 Mai 1857

Interprétation au point de vue des textes administratifs

En abordant cette deuxième partie de notre étude sur le décret de 1857, nous allons nous appliquer à faire ressortir les variations de la législation locale pendant ces quarante dernières années, relativement à la condition des indigènes natifs des quatre communes du Sénégal.

A l'origine, il eut semblé hérétique de soulever la moindre contestation au sujet de la capacité juridique de ces indigènes. Jusqu'en 1889, soit plus de trente ans depuis l'institution d'une justice musulmane au Sénégal, les textes administratifs se mettaient, en quelque sorte, à l'unisson pour proclamer que les natifs des quatre communes possédaient la qualité de citoyen français, sans aucune restriction ni réserve.

C'est en se fondant sur cette opinion que le Ministre de la marine et des colonies, dans son rapport au Président de la République, au sujet de la création à Kayes d'une justice de paix à compétence étendue, écrivait le 15 mai 1889 :

« Cette mesure me semble justifiée par la distance qui sépare Saint-Louis des centres de cette région où habitent des européens et où des indigènes, *citoyens français*, sont venus installer des comptoirs. Lorsqu'un différend surgit entre eux, ils sont obligés de faire un

voyage de vingt jours pour aller demander justice au chef-lieu du Sénégal, ce qui leur cause un sérieux préjudice. » (Voir *Bulletin administratif du Sénégal*, 1889, p. 282).

Ce texte n'est pas resté isolé, puisque dix années plus tard on pouvait encore lire dans les ouvrages édités par les soins du Gouvernement du Sénégal que « les indigènes nés sur les territoires des communes de plein exercice sont *tous citoyens français*. Ils sont électeurs et éligibles. Ils relèvent des tribunaux français en matière pénale, civile et commerciale, sauf en matière de succession, donation, mariage et testament. » (*Annuaire du Sénégal* 1899, p. 67, § 4).

A la faveur de cette politique libérale et franchement assimilative, nos aînés ont vu s'ouvrir toutes grandes devant eux les portes des carrières administratives. Ah ! si la nature de notre sujet ne nous interdisait certaines digressions, nous aurions exprimé ici notre regret d'avoir vu cette bonne et sage politique faire place à d'autres méthodes de colonisation caractérisées par la tendance de plus en plus nette de restreindre les droits de l'indigène, de réduire son rôle et son activité à leur plus simple expression, le frappant pour ainsi dire d'une sorte de *capitis deminutio* au sein de la grande famille française.

Un premier pas dans ce sens a été réalisé par le décret du 5 janvier 1910, dont l'interprétation rigoureuse avait abouti à la création au Sénégal de deux catégories d'électeurs. La première composée des européens et des mulâtres qui avaient la faculté de prendre part à toutes les élections, législatives et

autres, tandis que la seconde catégorie comprenait les indigènes non naturalisés, ne jouissant du droit électoral que dans les communes de plein exercice et à la condition d'y être nés (rapport du Ministre des colonies en date du 5 janvier 1910).

Il est à peine besoin de signaler les dangers et les aléas d'une pareille organisation.

Par le simple jeu des mutations, l'administration locale pouvait se créer la possibilité d'éloigner des quatre communes ceux des fonctionnaires indigènes dont elle aurait eu lieu de redouter l'activité politique. En fait, il s'est trouvé que beaucoup de nos compatriotes, appelés à servir dans les postes de l'intérieur, ont été empêchés de voter pour les candidats de leur choix, parce que dans les régions où ils étaient en résidence, seuls les européens et les mulâtres avaient conservé le droit de suffrage.

Cette situation, déjà profondément vexatoire pour nous, n'a fait que s'aggraver par la promulgation du décret du 16 août 1912. En même temps que le droit de vote, les originaires des quatre communes se virent enlever le droit d'être jugés par les tribunaux français dès que les circonstances ou les besoins de leurs professions les appelaient à résider hors des territoires ressortissant à ces tribunaux. Il en était ainsi parce qu'aux termes de son art. 2, le décret de 1912 considérait comme indigènes et, par suite, justiciables des tribunaux indigènes, tous les individus originaires de l'Afrique occidentale française et de l'Afrique équatoriale française qui n'avaient pas, dans leur pays d'origine, le statut des nationaux européens.

Il eût été logique de décider, en revanche, que le décret du 16 août 1912 laissait en dehors de sa sphère d'application les indigènes qui, n'ayant jamais bénéficié d'un statut spécial, sont restés dans le droit commun en se soumettant à toutes les prescriptions du Code civil français. Telle n'est cependant pas la doctrine qui a prévalu dans la pratique administrative, et ce qui le prouve surabondamment, c'est le fait par le Gouvernement local de s'opposer avec ténacité et persistance à l'entrée de tous les indigènes, de quelque statut qu'ils fussent, dans les cadres généraux administratifs, de même que dans les corps de troupes stationnés dans la colonie. Nous n'avons pas à revenir sur le cas de André Diouf et consorts, nous étant suffisamment expliqué sur ce point dans le chapitre précédent.

On conçoit, dans ces conditions, l'émotion et la surexcitation de l'élite intellectuelle du pays en présence d'une situation vexatoire à dessein, faite pour engendrer des frictions et des conflits perpétuels entre l'élément européen et l'élément indigène.

D'aucuns n'ont voulu voir dans l'état d'esprit local que des tendances séparatistes, à l'exemple de ce qui se passait en Egypte et dans l'Inde. On ne saurait faire preuve de plus profonde ignorance de la psychologie indigène. Après avoir posé et appliqué le principe d'après lequel aucun indigène, si intelligent et si dévoué qu'il fût, ne pouvait, à égalité de garanties morales et professionnelles, aspirer aux emplois jusque-là réservés à l'élément venu d'Europe, l'Administration ne pouvait pas trouver étrange que le résultat de sa politique se traduisît par la crainte chez l'indigène de voir s'ins-

taurer au Sénégal le préjugé de races avec toutes les fâcheuses conséquences qui en sont l'aboutissement naturel. Au regard de certains esprits libéraux et épris d'idéal, l'ostracisme dont les indigènes se trouvaient ainsi frappés, procédait de cette règle qu'à l'avantage d'appartenir à la race blanche, on ne pouvait utilement opposer le long passé de fidélité et de loyalisme des populations qui combattirent sur les champs de bataille, à l'ombre du drapeau tricolore, dans la pensée et la conviction qu'à ce prix-là, elles aussi avaient bien mérité de la France et de la République.

L'intensité de l'émotion atteignit son point culminant lorsque dans les communes de plein exercice la nouvelle se répandit que, par le jeu forcé des dispositions du décret du 16 août 1912, nous étions menacés de perdre, avec le droit de vote, celui d'être jugés par les tribunaux français, les seuls dont nous eussions voulu, parce que seuls présentant de sérieuses garanties pour les justiciables. Cette fois-là, l'administration locale se rendit compte de ses erreurs et de leurs conséquences possibles. C'est pourquoi, après une année d'expérience, elle se décida à provoquer un acte du pouvoir central abrogeant, en ce qui nous concerne, l'art. 2 de ce malencontreux décret. Pour justifier la nécessité d'une pareille mesure, les Ministres de la Justice et des Colonies, dans leur rapport du 9 mars 1914, s'adressaient en ces termes au Chef de l'Etat :

« Tenant compte de la situation de fait antérieure au décret de 1912, et d'accord avec le Gouverneur général de l'Afrique occidentale française, il nous a paru qu'il

n'y aurait aucun inconvénient à donner satisfaction, dans la mesure du possible, aux desiderata de cette catégorie d'indigènes qui ont rendu des services à l'œuvre française en Afrique, et dont le dévouement n'a jamais cessé de nous être acquis ».

De leur côté, et parallèlement à l'action administrative, les habitants des communes, par l'organe de leurs représentants élus et la Ligue des Droits de l'Homme, aussi bien que dans la presse locale, s'étaient élevés comme un seul homme pour protester contre la tentative gouvernementale de les ramener à un siècle en arrière, en les soumettant au régime de l'indigénat.

A la vérité, ces craintes étaient plus que justifiées par le spectacle de ce qui se passait dans l'intérieur de la colonie, où des administrateurs, rééditant à certains égards, les pratiques féodales, se livraient sur la personne de nos compatriotes du protectorat à des actes qui n'avaient rien d'humain ni de français. N'a-t-on pas prêté à un haut fonctionnaire colonial les réflexions suivantes au lendemain du décret du 16 août 1912 : « Les indigènes des quatre communes sont aujourd'hui dans la même situation que des fauves dont on aurait arraché les griffes ». Sans nous porter garant de l'exactitude de ces propos, nous sommes fondés de dire que le décret dont s'agit ne doit son impopularité qu'à la façon abusive dont il avait été fait application jusque-là des dispositions du décret du 30 septembre 1887, concernant la répression, au Sénégal et dépendances, des infractions commises par les indigènes non originaires des communes de plein exercice.

Nous étions alors bien loin de nous douter qu'à l'ho-

rizon du Continent européen le ciel commençait à s'estomper de nuages et que l'existence de l'humanité tout entière se trouvait menacée par le rêve d'hégémonie de l'empire allemand.

Dans le mystère et la perfidie, la catastrophe se préparait dont, par un hasard quasi miraculeux, il devait résulter une France plus forte et plus glorieuse, et pour nous, Français des colonies, plus de libertés et la consolidation de nos droits les plus sacrés.

Des circonstances qui ont présidé à l'élaboration de la loi du 19 octobre 1915

Comme on a pu s'en rendre compte, l'institution d'une justice musulmane au Sénégal fut pour l'administration locale un prétexte commode pour dénier la qualité de citoyen français aux indigènes originaires des communes de plein exercice, et leur fermer par là même les portes d'accès d'un grand nombre de carrières administratives.

Nous ne reviendrons pas sur les critiques que nous avons déjà exprimées à l'encontre de la législation tirée d'une interprétation erronée des dispositions du décret du 20 mai 1857 ; disons seulement que, pour donner une apparence de légalité aux mesures d'exclusion prises à l'égard des indigènes, le Gouvernement local s'avisa de faire du service militaire obligatoire le critérium de la qualité de Français, au regard des Sénégalais.

A la suite des réclamations formulées par la quasi unanimité de la population, il fut décidé que la loi de 21 mars 1905 serait rendue applicable dans la colonie aux Européens et assimilés, ainsi qu'à ceux des indigènes qui avaient renoncé au bénéfice de leur statut personnel. Ainsi comprises, les dispositions de la loi militaire devaient être étendues à un grand nombre de jeunes gens originaires des quatre communes ; en fait,

quelques-uns d'entre eux furent appelés devant les conseils de révision et dirigés, par la suite, sur le bataillon d'infanterie coloniale de l'A. O. F., absolument au même titre que leurs camarades européens et mulâtres. Mais, après un séjour de quatre mois au régiment, ces jeunes gens furent renvoyés dans leurs foyers, sans même que l'on se donnât la peine de leur faire connaître les raisons d'une semblable mesure ; ils n'eurent que la ressource d'adresser leur protestation au Conseil général où des voix autorisées, comme celle de notre regretté et vénérable confrère, M. Gustave Herbault, se firent l'écho de leurs doléances et de leur indignation, proclamant « Qu'on doit admettre à acquitter l'impôt du sang tous les Français, et que ce n'est pas à la couleur de la peau que l'on peut reconnaître si l'on est Français ou si on ne l'est pas ». (Délibération du Conseil général du Sénégal, séance du 6 juin 1911).

Mais, objectera-t-on, pourquoi ces indigènes, si désireux de servir la France militairement, n'ont-ils pas usé de la faculté qui leur était accordée de contracter un engagement dans les bataillons de tirailleurs ? Les raisons en sont aussi nombreuses que variées. En premier lieu, les jeunes gens originaires des communes étant citoyens français, quoi qu'en ait dit l'administration locale, ne voulaient pas que l'acquittement de l'impôt du sang fût pour eux une simple faculté, alors que, par ailleurs, ils étaient admis sans restriction à la jouissance des droits civils et politiques.

Or, nos compatriotes des territoires dits de Protectorats n'entraient dans les formations indigènes que par voie d'engagements volontaires, ce qui était une faveur

fort peu enviable au regard de la population électorale, dont les droits ne pouvaient se comprendre qu'à la condition qu'elle se trouvât soumise au plus impérieux des devoirs civiques : le service militaire obligatoire.

D'autre part, le fait que le livret obtenu dans les bataillons de tirailleurs n'était pas admis à l'équivalence de celui qui était délivré aux militaires servant dans l'infanterie ou l'artillerie coloniales, au point de vue de l'accession aux emplois civils, ce fait-là, disons-nous, n'était pas de nature à faire naître un grand enthousiasme dans l'esprit des jeunes gens des communes, lorsqu'on leur parlait d'engagement dans les troupes indigènes. De là, l'origine de la légende d'après laquelle les tirailleurs sénégalais étaient l'objet d'un mépris souverain de la part de leurs frères originaires des quatre communes ; nous ne nous arrêterons pas à démontrer l'inanité d'une pareille assertion, œuvre d'individus sans aveu, et ne poursuivant d'autre satisfaction que celle éminemment malsaine de faire naître des rivalités entre les deux éléments d'une population dont un passé commun de souffrances et de misères a rendu les intérêts à jamais identiques.

La situation était donc telle que nous venons de la relater lorsque, sur ces entrefaites, la guerre franco-allemande de 1914 vint donner un caractère de cuisante actualité à la question du service militaire obligatoire pour les Sénégalais originaires des communes de plein exercice.

Aussitôt que fut connue la nouvelle de la mobilisation générale, notre compatriote et ami, M. Galandou Diouf, conseiller général du Sénégal, au nom de toute la popu-

lation indigène, s'empressa d'envoyer le câblogramme ci-après à notre représentant au Parlement :

DIAGNE, député,

Paris.

Gouverneur général saisi. Demandez incorporation office durée guerre. Demandons session extraordinaire Conseil général pour faire appel patriotisme tous et incorporation vingt à quarante ans. Bravo.

GALANDOU,

Conseiller général.

Voici, d'autre part, la teneur de la lettre adressée à ce sujet par M. le Gouverneur général de l'A. O. F. à M. le Conseiller général Galandou Diouf :

Dakar, le 5 août.

Monsieur le Conseiller général,

En vous remerciant de la communication que vous avez bien voulu m'adresser par télégramme du 4 août, je tiens à vous exprimer combien je suis sincèrement touché des sentiments d'entier dévouement à la cause française dont témoignent, par votre intermédiaire et par l'organe de Monsieur le Député Diagne, les loyales populations du Sénégal.

Leur empressement à s'enrôler sera une preuve nouvelle s'ajoutant à celles déjà enregistrées par l'histoire de leur inébranlable attachement à la Mère-Patrie.

C'est pourquoi j'étudie dès maintenant, avec le général commandant supérieur, les dispositions à prendre pour donner une suite favorable aux demandes d'engagements volontaires pour la durée de la guerre, et je ne manquerai pas de faire connaître à tous, dès que possible, les mesures qui auront été adoptées.

Veuillez agréer, etc.....

W. PONTY.

Lorsque la question fut portée devant le Conseil général du Sénégal, dans sa session ordinaire d'octobre 1914, nous eûmes la douloureuse surprise d'entendre

M. le Représentant de l'administration locale qualifier de subtilités juridiques le fait par les Sénégalais, citoyens français, de demander l'honneur de servir la France dans les conditions prévues par la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée. Son discours se terminait par ces mots :

« Déclarer que les jeunes gens de ces communes ne serviront la France que sous le régime de la loi de 1905, c'est déclarer qu'ils accepteront bien de la servir, mais seulement après la guerre, c'est-à-dire quand elle n'aura plus besoin d'eux. De telles subtilités juridiques, dans le moment où le pays a donné ses enfants sans hésitation, ne peuvent être admises, et ceux qui vraiment veulent être soldats n'ont qu'à répondre à notre appel, sans conditions ni détours ».

La thèse de M. le Secrétaire général se résumait en ceci : Que pour autoriser l'incorporation des Sénégalais dans les formations d'infanterie ou d'artillerie coloniales, il fallait une mesure législative, laquelle ne pourrait intervenir qu'après la cessation des hostilités, c'est-à-dire quand la France n'aurait plus besoin de notre concours militaire. On ne saurait avoir une plus singulière conception de la façon dont les lois s'élaborent, surtout lorsqu'elles ont un caractère aussi urgent que celles destinées à fournir des hommes à la France qui se battait ! La meilleure preuve que M. le Représentant de l'administration était dans l'erreur, c'est qu'il a été possible de faire voter la loi en question par le Parlement six mois à peine après la discussion qui venait de se produire au sein du Conseil général, et cependant la guerre durait toujours !

Mais un autre fait, évidemment plus grave, consistait à supposer que l'offre faite à la France de servir dans les troupes régulières, n'était qu'une manifestation platonique de la part des Sénégalais, un bluff, comme le disait M. le Conseiller général François Devès, exprimant son indignation « d'entendre des soi-disant Français imposer des conditions pour servir la Patrie, alors qu'elle est en danger ».

C'est le lieu de rappeler ici que dès l'année 1910, alors que rien ne faisait prévoir l'éventualité de la guerre mondiale, nos compatriotes des quatre communes réclamaient, par la voix de leurs représentants autorisés, l'application, en ce qui les concerne tout particulièrement, des dispositions de la loi du 21 mars 1905.

Nous ne pouvons mieux faire, à cet égard, que de placer sous les yeux du lecteur un extrait des délibérations du Conseil général du Sénégal dans sa séance du 12 juin 1911 :

M. LE PRÉSIDENT. — M. Patterson, rapporteur, a la parole pour la pétition relative au service militaire.

M. PATTERSON donne lecture du rapport de la Commission des affaires diverses au sujet de la pétition des jeunes gens de Saint-Louis demandant le service militaire obligatoire pour les indigènes des quatre communes constituées.

RAPPORT DE LA COMMISSION

La Commission des affaires diverses, faisant chœur avec les jeunes gens de Saint-Louis, demandant le service militaire obligatoire pour les indigènes des quatre communes :

Emet le vœu de voir l'autorité supérieure donner une suite favorable à la demande des pétitionnaires.

Il est temps, en effet, que la population du Sénégal, qui jouit des avantages accordés aux citoyens de la Métropole, et qui comme eux est Française, paie l'impôt du sang et soit admise au service militaire obligatoire ;

Qu'il résulte de tous les textes en vigueur au Sénégal que le Sénégalais d'origine, de quelque couleur qu'il soit, né dans l'une des quatre communes de plein exercice, est Français, électeur et éligible ;

Qu'il lui est donc permis de solliciter et d'obtenir de l'autorité compétente son incorporation à l'époque où il fait partie de la classe appelée à servir sous les drapeaux ;

Que le fait est indéniable et ne saurait être contesté sérieusement ;

Que la Commission des affaires diverses, tout en émettant le vœu qu'une suite favorable soit réservée aux pétitionnaires, prie le Conseil de manifester fermement sa volonté dans une question toute de patriotisme, afin que les jeunes gens des quatre communes du Sénégal soient à l'avenir, et sans distinction de couleur, appelés à faire leur service militaire obligatoire.

M. HERBAULT. — Je demande qu'il soit ajouté au rapport de la Commission des affaires diverses : « Et tous ceux qui justifieront de la qualité de Français ».

Lorsque trois années plus tard, M. Blaise Diagne se présentait pour briguer de ses compatriotes l'honneur de les représenter au Parlement, il ne fut élu qu'à la condition qu'il s'engageât à faire voter la loi soumettant

aux obligations militaires les Sénégalais originaires des quatre communes de plein exercice.

Lui-même s'en explique dans le passage ci-après de la lettre qu'il adressait le 2 août 1914 à M. le Ministre des colonies :

« Je pense ne pas vous étonner en vous indiquant que mes compatriotes avaient accepté d'avance l'affirmation écrite et verbale que, publiquement, je leur avais faite, à savoir que je m'astreindrais, une fois élu, à faire abolir ce privilège singulier d'avoir des droits sans obligation étroite aucune en regard. Ci-joint, au surplus, un télégramme qui le prouve ».

Voici un ensemble des faits précis de nature à confondre ceux qui, trop volontiers, nous accusaient de vouloir profiter des difficultés nées de la guerre pour demander à servir la France dans des conditions que nous savions d'avance inacceptables par elle, à raison de notre statut personnel, comme si, pour secourir la Patrie en danger, il pouvait être permis de s'arrêter à des considérations d'étiquette religieuse ! N'empêche qu'il se soit trouvé des hommes assez oublieux de leurs devoirs de patriotes pour tenter de priver la France de plusieurs milliers de combattants volontaires, pour la raison absurde que ces volontaires, à leur retour dans leurs foyers, au lendemain de la guerre, pourraient se procurer la satisfaction de dire que l'accomplissement de leurs obligations militaires, en faisant disparaître une faveur humiliante pour eux et qu'ils n'avaient, d'ailleurs, point sollicitée, leur assurait désormais les garanties de tous les droits que

leur avait généreusement conférés le Gouvernement de la République.

A cet égard, il serait intéressant de se reporter au compte rendu de la séance de juillet 1915 de la Chambre des Députés où, pour combattre la proposition de loi déposée par M. Diagne, Député du Sénégal et plusieurs de ses collègues, au sujet du service militaire obligatoire pour les Sénégalais des communes de plein exercice de la colonie, un Député de la Gironde, M. Henri Labroue, faisait entendre du haut de la tribune les déclarations suivantes :

M. Henri LABROUE. — « Considérez encore que, quand ces indigènes sénégalais seront instruits et exercés, vous devrez immobiliser des transports, immobiliser des casernements. Et vous savez bien que, si vous voulez conduire ces troupes dans le Nord ou dans l'Est, ce n'est qu'au mois de juin 1916 que cela vous sera possible. Vous vous rappelez que l'hiver dernier nos troupes indigènes ont dû être évacuées vers la côte d'azur. Ces troupes sénégalaises n'arriveront donc sur le théâtre de la guerre qu'au mois de juin prochain. A ce moment, nous avons lieu de croire que la guerre sera en voie de se terminer. Ainsi, ces hommes auront fait, pour ainsi dire, une grande promenade militaire. Ils seront les seuls, en quelque sorte, à n'avoir pas combattu.

Pour ces diverses raisons, Messieurs, je vous propose, par mesure de transaction, de revenir au projet que le Gouvernement avait présenté il y a huit jours, et qui consistait à incorporer les électeurs sénégalais dans les troupes métropolitaines, mais à n'y incorporer,

comme cela s'est fait pour les Tunisiens, que ceux qui savent lire et parler couramment le français ».

Il nous a été agréable de constater qu'en cette circonstance la volonté du Parlement s'est trouvée unanime pour proclamer que la considération de certains intérêts particuliers souvent inavouables, non plus que la satisfaction mesquine d'un amour-propre de race, ne sauraient justifier le sacrifice qu'on lui demandait de faire des intérêts supérieurs de la Patrie, en repoussant, de parti-pris, le concours de dix mille hommes résolus à combattre et à mourir pour la cause sacrée du droit et de la liberté.

Conséquences et étendue d'application de la loi du 19 octobre 1915

Connaissant dans quelles conditions la loi militaire d'octobre 1915 a été votée, il nous reste à en examiner le contenu, aussi bien que ses modalités d'application à l'égard des indigènes qu'elle était appelée à régir. Le texte ne comprend que deux articles dont le premier, et de beaucoup le plus important, est ainsi conçu :

« ARTICLE PREMIER. — Les originaires des communes de plein exercice du Sénégal doivent le service militaire dans les conditions prévues par la loi du 21 mars 1905, modifiée par la loi du 7 août 1913.

Les paragraphes 1, 2, 3 et 5 de l'article 90 et l'article 91 de cette loi ne leur sont pas applicables.

Ils sont incorporés dans les troupes françaises et soumis aux mêmes obligations et avantages. Ils pourront éventuellement être constitués en formations spéciales ».

Dès la promulgation de la loi ci-dessus, la question se posa de savoir dans quelle acception il convenait de prendre le mot « originaire » des quatre communes de plein exercice.

D'après la conception administrative, étaient compris dans la dénomination d'« originaires » les individus natifs des communes et ceux-là seulement, à l'exclusion de leurs descendants, si le hasard des déplacements

de leurs auteurs les faisait naître hors du territoire de ces communes. Il est à peine besoin de faire ressortir ce qu'une telle interprétation pouvait comporter d'arbitraire et de contradiction avec la lettre comme avec l'esprit des principes fondamentaux du droit français sur la nationalité.

Avec non moins d'arbitraire et d'exclusivisme, l'autorité militaire proclamait que seuls devaient être considérés comme originaires des communes, les indigènes qui en étaient natifs, ainsi que leurs descendants qui naîtraient sur le sol de la Métropole, à la différence de leurs frères ou sœurs nés dans une colonie française ou dans les autres régions du Sénégal non régies en communes de plein exercice.

Une telle doctrine constitue une violation flagrante des dispositions de l'art. 8 du Code civil, d'après lequel la nationalité d'un individu dépend uniquement de celle de ses ascendants et non du lieu de sa naissance ; en d'autres termes, les principes de notre droit moderne sur la nationalité sont dominés par la considération du *jus sanguinis*, à la différence de ce qui était généralement admis dans le droit ancien, et même pendant une bonne partie de la période révolutionnaire.

De nos jours, la nationalité française est acquise sans contestation possible à l'enfant né de parents français, même en pays étranger.

Ce fait ne pouvait échapper aux autorités chargées de l'application de la loi nouvelle à l'égard des Sénégalais. C'est donc ailleurs que dans l'ignorance de la vérité juridique qu'il convient de rechercher les raisons vraies des difficultés d'interprétation que nous avons

déjà eu l'occasion de signaler ; à notre avis, elles tenaient de ce fait qu'aux yeux de l'administration coloniale, l'indigène des communes de plein exercice était demeuré sujet français et non citoyen, en dépit de la loi de 1915.

Celle-ci n'aurait donc eu d'autre portée que de conférer, à un titre exclusivement personnel et intransmissible, le droit de servir dans l'armée française aux individus natifs des quatre communes du Sénégal. Ce n'était certainement pas là la pensée du législateur, ainsi qu'en témoignent les protestations adressées au Ministre des colonies d'alors et à M. le sénateur Béranger, par M. Diagne lui-même, auteur de la loi en question, et qui, se trouvant sur les lieux au moment de l'appel de ses compatriotes, avait pu constater *de visu* la façon dont on entendait appliquer sa loi à l'encontre de son véritable esprit et de celui du Parlement tout entier.

Au point de vue des résultats pratiques, la doctrine administrative aboutit à ce non-sens que deux frères issus du même père et de la même mère pouvaient avoir deux statuts politiques différents, parce que le premier serait un natif des communes, tandis que le second, pour des raisons diverses, aurait reçu le jour en dehors du territoire de ces communes. Un exemple frappant de cette anomalie est celui du Sénégalais auteur de ces lignes, et dont les deux frères, aujourd'hui morts pour la France, se trouvaient au régiment parce que natifs de Saint-Louis, tandis que lui-même en était réduit à attendre, en ce qui le concernait, une loi de justice et de réparation, les hasards de

la vie nous ayant fait naître à Médina, dans le Soudan français.

Nombreux étaient les jeunes gens se trouvant dans la même situation et on pouvait, sans exagérer, en estimer le nombre au quart de la population électorale du Sénégal. On eut beau appeler l'attention de l'Administration sur les conséquences pratiques de ses errements, ce fut peine perdue ; en sorte que, pour nous tirer de la fausse situation qui nous avait été créée, il a été nécessaire de demander l'intervention de l'autorité législative. Dans ce but, une proposition de loi était déposée sur le bureau de la Chambre le 30 mai 1916, avec demande de discussion immédiate, en conformité de l'article 24 du règlement.

Au nom de la Commission de l'armée, M. Etienne Rognon, Député, soumettait à la Chambre le texte de la proposition de loi, dont l'article unique était ainsi conçu :

« ARTICLE UNIQUE. — Les natifs des communes de plein exercice du Sénégal et leurs descendants sont et demeurent des citoyens français soumis aux obligations militaires prévues par la loi du 19 octobre 1915. »

Dans le même sens, M. le Député Lémery, rapporteur, au nom de la commission de législation civile et criminelle, écrivait :

« M. Diagne et ses collègues demandent que le statut légal des natifs des quatre communes de Saint-Louis, Dakar, Gorée et Rufisque profite de plein droit et en son entier à leur descendants, quel que soit le lieu de naissance de ceux-ci.

Il sera facile de démontrer que cette dernière interprétation, qui est conforme à la généreuse tradition de notre politique coloniale, à l'intérêt national, au bon sens, est, par surcroît, la seule qui soit conforme au droit »

Et l'honorable député de la Martinique, après avoir souligné la nécessité d'une loi interprétative ne laissant plus place aux controverses, et reconnaissant aux fils des citoyens des quatre communes de plein exercice du Sénégal le droit de servir comme citoyens sous les drapeaux de la France, quel que soit le lieu de leur naissance, concluait à l'adoption, sans réserves, du texte de la proposition de loi soumise, pour avis, à l'examen de la Commission de législation civile et criminelle de la Chambre.

Le texte de cette loi, votée le 13 juillet 1916, était envoyé pour ratification au Sénat, et le 29 septembre suivant la condition du statut politique des Sénégalais originaires des communes se trouvait réglée désormais d'une façon définitive et sans ambiguïté possible.

A l'heure actuelle, la question se pose de savoir si la loi du 19 octobre 1915 a le caractère d'une loi civile, ou si au contraire il convient de la considérer comme une loi politique. L'intérêt de la distinction est immense. En effet, si nous admettons la première hypothèse, nous serons amenés à cette conclusion que, en ce qui concerne les indigènes originaires des communes du Sénégal, les dispositions du décret du 20 mai 1857 ont été implicitement abrogées, et que, à l'égard de ces indigènes, c'est désormais au Code français qu'il faut se référer pour le règlement des questions intéressant leur

état civil, mariages, successions, donations et testaments.

Un jugement récent du tribunal de Kaolack, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale française en date du janvier 1921, semble avoir été rendu dans le sens de cette doctrine. On peut en juger à la lecture du texte ci-après :

« LE TRIBUNAL :

Attendu que le sieur S..., originaire des quatre communes, ainsi que cela résulte de son livret militaire, sur la plainte duquel des poursuites correctionnelles en adultère ont été dirigées contre la nommée N..., invité à produire son acte de mariage, déclare que son mariage n'a été célébré que suivant le rite musulman, et dépose sur le bureau du Tribunal un acte de mariage imprimé, à l'usage de la justice musulmane, portant la date du 28 mars 1918, écrite en chiffres, et contenant l'attestation du cadi suppléant de Dakar ; que devant celui-ci ont comparu les nommés N... et T..., tous deux musulmans, lesquels lui ont déclaré que S..., soldat n° m^{le} 9..., s'est marié légitimement et suivant la loi musulmane avec la nommée N... ;

Attendu que, d'après la date de cet acte de mariage (28 mars 1918), date reconnue exacte à l'audience par le plaignant susnommé, celui-ci aurait contracté son mariage avec l'inculpée à un moment où, en sa qualité de citoyen français à lui octroyée par la loi du 27 septembre 1916, il était régi par les lois civiles et politiques de la France qui, en l'occurrence, doivent donc être seules appliquées en vertu du principe supérieur et intangible

de l'Egalité légale proclamée par l'Assemblée constituante, et d'après lequel il ne doit y avoir qu'une seule classe de citoyens français, tous soumis aux mêmes lois, soit qu'elles protègent, soit qu'elles punissent, sans distinction de race, de couleur, ni de religion ;

Attendu que le droit exclusif de l'époux outragé à faire poursuivre le délit d'adultère dérive du mariage même et en constitue un des effets civils ;

Attendu qu'aux termes de l'art. 154 du Code civil, nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, sauf les cas où il n'aura pas existé de registres ou qu'ils se seront perdus ;

Qu'en conséquence, la poursuite en adultère ne peut être déclarée recevable qu'autant que le mariage, dont la foi a été violée, a été préalablement établi conformément aux prescriptions de l'art. 154 susvisé ;

Attendu que le mariage dont s'agit, n'ayant pas été célébré par un officier de l'état civil, se trouve dans l'impossibilité d'être prouvé par un acte revêtu des formes requises par la loi, auquel ne saurait suppléer l'acte du Cadi ci-dessus spécifié ;

Que, dès lors, aucun de ses effets ne peut se produire.

Par ces motifs :

Déclarons les poursuites en adultère et complicité d'adultère dirigées contre les nommées irrecevables. »

A notre avis, en dépit du jugement d'espèce ci-dessus, les lois des 19 octobre 1915 et 29 septembre 1916 sont

et demeurent des lois politiques. Notre opinion se fonde sur les circonstances mêmes de leur élaboration, à un moment où, dans la pensée du législateur, il ne s'agissait que de créer la possibilité, pour les jeunes gens originaires des quatre communes du Sénégal, d'apporter à la France envahie leur tribut d'amour et de patriotisme.

Telle était si bien la pensée de l'auteur de ces lois, que M. Diagne, dans une lettre qu'il adressait, en avril 1919, à M. le Gouverneur général de l'Afrique occidentale française, indiquait qu'en prenant l'initiative des lois ci-dessus, il s'agissait pour lui, non d'instaurer, mais de faire restituer à ses compatriotes un statut politique qui était le leur dans le passé.

L'Administration coloniale elle-même semble se rallier à cette dernière opinion en consacrant la validité des pièces d'état civil fournies dans les formes de la loi coranique, par les fonctionnaires musulmans des cadres généraux, pour établir leurs droits aux indemnités de charges de famille, dans les conditions où ces mêmes indemnités sont allouées à leurs collègues d'origine européenne.

Il résulte de cet ensemble de faits, qu'au regard des Sénégalais originaires des communes de plein exercice, les lois de 1915 et de 1916 n'ont et ne peuvent avoir d'autre effet que de leur assurer la jouissance de l'intégralité des droits civils et politiques, et plus spécialement, au point de vue de leur accession aux emplois civils et militaires jusque-là réservés au seul élément venu d'Europe et aux indigènes naturalisés.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

De quelques cas de conflits des lois françaises et musulmanes en matière civile

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Un conflit des lois peut se produire dans l'une des hypothèses suivantes :

a) Deux lois, françaises ou étrangères, se trouvant en présence, l'une ancienne, l'autre plus récente, il s'agit de déterminer laquelle de ces deux lois devra s'appliquer dans un cas d'espèce donné. C'est ce qu'on appelle un conflit dans le temps.

b) Un Français et un Anglais se trouvant liés par un rapport juridique concernant leur état ou leur patrimoine, à quelle loi faudra-t-il se référer pour le règlement de la difficulté pendant entre ces deux individus de nationalités différentes ? Ici, le conflit s'élève dans l'espace ; il est caractérisé par le fait qu'en cette circonstance, c'est surtout la souveraineté de leurs états respectifs qui est en jeu.

c) Le cas peut se compliquer lorsque, par exemple, un Turc et une Italienne, domiciliés en France, contractent mariage en Angleterre. Dans cette dernière hypothèse, quatre législations distinctes sont égale-

ment intéressées : La loi nationale des époux, celle de leur lieu de domicile et celle du lieu de la célébration du mariage. Quelle est la loi qui s'applique, en l'absence d'une disposition formelle et établie d'avance à cet égard ?

On voit, d'après les exemples ci-dessus, que, pour qu'il y ait conflit des lois, il n'est pas toujours nécessaire que le lien juridique qui l'a fait naître intéresse deux individus de nationalités différentes. En particulier, il n'est pas paradoxal d'imaginer qu'un conflit de lois puisse surgir entre deux Sénégalais, tous deux Français, mais dont le premier serait catholique et le second musulman.

En ce qui concerne le conflit des lois françaises et musulmanes en matière civile, notre étude s'occupera plus spécialement des lois relatives à l'état civil, au mariage, aux successions, donations et testaments ; nous savons, en effet, que, pour les autres actes de leur vie quotidienne, les Sénégalais sont régis par le Code civil français, conformément au droit commun.

Nous aurons très peu de chose à dire relativement aux questions qui touchent à l'état et à la capacité des personnes (naissance, minorité, émancipation, interdiction, reconnaissance, adoption, etc...).

Au Sénégal, avant comme depuis la promulgation du décret du 20 mai 1857, les naissances et les décès sont constatés, dans les formes de la loi française, par les maires dans les communes constituées, et par l'administrateur dans les autres parties du territoire de la colonie, quel que soit, d'ailleurs, le statut des individus intéressés.

Ce n'est qu'exceptionnellement que les Cadis, présidents des tribunaux musulmans, se trouvent appelés, en l'absence d'actes d'état civil régulier, à établir des certificats de naissance et de décès, sur l'attestation de deux notables musulmans témoins de l'événement ; mais un tel acte ne vaut jamais que comme simple indication et ne dispense pas les tribunaux français de recourir aux moyens de preuves prévus par l'article 46 du Code civil, pour suppléer à l'inexistence ou à la destruction des registres de l'état civil.

D'après la loi musulmane, le terme de la minorité est marqué par les pollutions nocturnes, les menstrues, la grossesse ou la puberté, l'âge de dix-huit ans révolus. Consulter le Code musulman de Khalil, traduction N. Seignette.

Le mineur parvenu à l'âge de la majorité pourra valablement révoquer les actes faits par lui sans l'assistance de son tuteur, lors même que ces actes auraient tourné à son avantage et qu'aucune faute personnelle ne puisse être reprochée à ses cocontractants. Nous savons que la loi française, pour habiliter le mineur à revenir sur les actes faits par lui en l'absence de son tuteur, exige qu'il y ait eu lésion au préjudice du mineur, lésion dont le fardeau de la preuve lui incombe (art. 1305 du Code civil).

Que décider au cas où un indigène musulman obtient la qualité de citoyen français, dans la période comprise entre dix-huit et vingt-un ans, par l'effet de la naturalisation de ses parents ?

A notre avis, l'acquisition par cet indigène de la qualité de Français, postérieurement à sa majorité, au

regard de la loi musulmane, ne fait pas échec à l'exercice de son droit en rescision des actes passés par lui sous l'empire de cette loi musulmane et au cours de sa minorité, puisque son droit est né du jour de la passation de l'acte sus-visé, à un moment où, par conséquent, l'inexistence d'une cause de lésion ne pouvait être valablement opposée au musulman par son cocontractant.

En ce qui concerne les règles générales de l'émancipation des mineurs, il y a très peu de différences essentielles entre les lois françaises et musulmanes ; notons cependant que l'incapacité dont la femme est frappée à raison de son sexe ne peut être relevée que par le mariage et après une enquête préalable sur l'état de ses facultés. Nous aurons bientôt l'occasion de revenir sur cette question, en étudiant les conditions requises pour la validité du mariage.

Comme, en droit français, l'interdiction existe chez les musulmans, et Ibnou Arafata en donne la définition en ces termes : « L'interdiction est un empêchement légal à l'exercice des droits sur la fortune. Comme encore, en droit français, cette interdiction a sa cause dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, et elle ne cesse qu'à l'époque où le dément interdit recouvre la plénitude de ses facultés mentales ».

Ce que nous avons déjà dit du mineur, au point de vue de sa capacité juridique, reste vrai à l'égard de l'interdit, avec cette circonstance qu'il existe deux versions différentes au sujet de la validité des actes faits par cet interdit.

D'après L'Imam Malic, ces actes sont nuls de plein droit et en tout état de cause, pourvu qu'ils soient

intervenues postérieurement au jugement qui prononce l'interdiction. Pour Ibnou Khassim, au contraire, dans le Moudavanah, la nullité de l'acte est couverte si l'individu interdit redevient sain d'esprit après le prononcé du jugement.

Nous n'envisageons pas les cas possibles de conflit résultant de l'adoption ou de la reconnaissance d'un enfant naturel ; non seulement, en effet, ces deux institutions sont étrangères au droit musulman strict, mais les peines les plus sévères ont été prévues par la loi coranique à l'encontre des individus musulmans responsables de leurs actes et qui, intentionnellement, se livrent à un commerce charnel avec une personne à la possession sexuelle à laquelle ils n'ont pas le droit, dont le mariage légitime constitue la source unique et exclusive. Les peines édictées de ce chef pouvant aller jusqu'à la mort par lapidation, les autorités françaises ont eu le soin d'en interdire l'application rigoureuse, pour des raisons d'humanité ou de convenances sociales.

En considération de cette intervention de l'autorité française pour rendre inopérantes les mesures de répressions édictées par le Coran, le cas s'est fréquemment produit de voir les indigènes musulmans se présenter devant l'officier de l'état civil pour reconnaître la filiation naturelle, fruit de leur œuvre. Quelle est la valeur et la portée juridique d'un tel acte de reconnaissance ?

A cet égard, la Cour de cassation a décidé que la reconnaissance d'un enfant naturel, faite par un musulman, suivant le Code civil, en supposant qu'elle com-

porte renonciation au statut personnel de la part de son auteur, ne saurait avoir le même effet vis-à-vis de l'enfant naturel reconnu et lui permettre de réclamer le règlement de la succession paternelle, conformément au Code civil ; la renonciation, si elle a lieu, est restreinte aux effets de la reconnaissance. Jugé, d'ailleurs, que l'acte de reconnaissance d'enfant naturel, faite par un musulman du Sénégal, conformément aux règles du Code civil, n'implique pas qu'il ait renoncé, ni pour lui-même, ni pour son fils mineur, au statut personnel musulman, pour se soumettre à l'empire de la loi française (Cassation, arrêt du 19 octobre 1891).

Or, en droit français, la reconnaissance d'un enfant naturel produit, entr'autres, les effets suivants :

- 1° Il est soumis à la puissance paternelle ;
- 2° Il a le droit de porter le nom de son auteur ;
- 3° Il a le droit de réclamer des aliments à ce dernier ;
- 4° Il ne peut rien recevoir par donation ou testament au préjudice des enfants issus du mariage ou du conjoint survivant.

Arrêtons-nous un instant à cette dernière conséquence de la reconnaissance de l'enfant naturel, à savoir qu'il ne peut recevoir par donation ou testament à l'encontre de l'époux survivant ou des enfants légitimes. Si, après avoir reconnu son enfant naturel dans les formes prescrites par le Code civil, un musulman, par testament, stipule une libéralité en faveur de cet enfant, il est certain que cet acte sera entaché de nullité, comme passé en violation de l'art. 337 du Code civil.

Mais alors, la question se posera de savoir si les

dispositions du Code civil dont s'agit constituent pour le musulman une cause de nullité des libéralités faites à son enfant naturel, dans les formes de la loi musulmane. La raison de douter vient de ce que cet enfant naturel est et restera toujours un étranger pour ses parents au regard du Coran, en sorte qu'il ne peut être regardé comme faisant partie des successibles à l'égard desquels la loi musulmane prononce la nullité des legs faits en leur faveur.

En raison des difficultés soulevées dans cet ordre d'idées, il paraît logique de décider que la reconnaissance par un musulman d'un enfant naturel dans les formes que nous venons d'indiquer, n'emporte effet qu'au point de vue de la preuve qui en résulte pour fixer la filiation de l'enfant reconnu, sans qu'en aucun cas ce dernier puisse s'en prévaloir pour revendiquer des droits dont la jouissance et l'exercice lui sont formellement interdits par la loi coranique. Ajoutons qu'en nous faisant cette opinion, nous ne pensons pas aller à l'encontre du véritable esprit de l'arrêt susvisé de la Cour de cassation, puisqu'il y est expressément stipulé que le musulman n'est pas sensé avoir renoncé au bénéfice de son statut personnel, par le seul fait de la reconnaissance de sa paternité dans les formes prescrites par le Code civil.

CHAPITRE II

Du conflit des lois françaises et musulmanes en matière matrimoniale.

Bien souvent, on considère la polygamie comme étant la base de la famille chez les musulmans. C'est une grave erreur.

A l'origine, l'expérience et la pratique journalières ayant fait ressortir le trop grand nombre de jeunes filles condamnées au célibat, à l'encontre de leur gré, le législateur musulman, mû par des sentiments d'une haute portée humanitaire, édicta des mesures de tolérance en faveur des hommes dont la capacité financière était jugée suffisamment étendue pour leur permettre de pourvoir à l'entretien de deux ou plusieurs foyers. De cette façon, on espérait réduire au minimum le nombre de jeunes filles et de femmes sans soutien, tout en facilitant la diffusion des fortunes considérables dans la masse de la population besogneuse.

D'une simple faculté, dictée par des considérations d'un altruisme de bon aloi, l'égoïsme et la cupidité des hommes ont fait une obligation au nom de laquelle de nombreux abus se sont produits, au point de fausser complètement le but poursuivi par le législateur dans l'institution de la polygamie.

A un autre point de vue, la polygamie peut s'expliquer par des raisons d'opportunisme, lorsqu'on consi-

dère que les guerres de conquêtes religieuses entreprises par les Kalifes, après la mort du prophète, ayant réduit dans de notables proportions la population masculine, la législation et les mœurs se sont trouvées assouplies de ce fait, dans l'intérêt supérieur de la défense nationale.

Même de nos jours, n'avons-nous pas été témoins de certains bruits, au lendemain de la guerre, relatifs à l'éventualité de mesures législatives propres à faciliter le repeuplement de la France ? Ce sont là sans doute des bruits qui font sourire, tant il est vrai que la polygamie est une institution dont la femme française est incapable de concevoir l'existence, même à travers un rêve.

Il n'en reste pas moins que devant la nécessité de maintenir l'intégrité de la race française, les mœurs et les lois se sont faites moins austères à l'égard de la maternité naturelle, à tel point qu'on serait presque tenté aujourd'hui de dire que les filles-mères sont entourées d'autant de respect et d'admiration qu'elles étaient persécutées et frappées d'ostracisme, quelques années auparavant.

Il nous a paru intéressant de nous livrer aux considérations qui précèdent sur l'origine historique de la polygamie, dont nous sommes l'adversaire résolu, mais que notre souci d'impartialité et de la vérité juridique nous faisait un devoir de faire connaître sous son véritable jour, avant d'aborder le chapitre du mariage proprement dit.

De même qu'en droit français, la loi musulmane exige comme conditions essentielles du mariage :

1° Un certain âge ;

2° Le consentement des époux, avec l'assistance des ascendants ou tuteurs, dans certains cas déterminés ;

3° L'absence de parenté ou d'alliance au degré prohibé ;

4° La différence de sexe des époux.

En outre, le Code civil français (art. 147) stipule qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier, et cela à peine de poursuites pour crime de bigamie puni des travaux forcés à temps.

Nous savons déjà que sur ce point le Coran s'écarte de la loi française, la polygamie étant une institution essentiellement musulmane ; il en est de même de l'obligation imposée au conjoint d'apporter à sa future une dot, dont le minimum est fixé par la loi musulmane.

A ce sujet, il a été dit, et parfois écrit, que chez les musulmans l'usage avait prévalu de vendre les femmes à leur mari : c'est une erreur tout aussi grossière que celle que nous venons de signaler à propos de la polygamie.

Pour bien se rendre compte de l'exacte portée des choses, il suffit de considérer qu'il n'y a, au fond de cette question de la dot, qu'une simple différence de conception au point de vue de son caractère intrinsèque et des buts de son institution. Au regard de la loi française, la dot est généralement destinée à représenter la part contributive de la femme aux dépenses du ménage ; telle en est également la destination au point de vue de la loi musulmane, avec cette seule particula-

rité que c'est au mari qu'en incombe le fardeau, et à titre obligatoire.

On a pensé qu'il n'était nullement souhaitable que les mariages se fassent surtout par calcul pour les jeunes gens, et après qu'on aura mesuré, de part et d'autre, la capacité financière des deux familles, et c'est précisément pour empêcher cette éventualité que le législateur musulman a prescrit pour le mari l'obligation de réunir un certain capital permettant au ménage de pourvoir à son entretien, au moins dans les débuts du mariage, sans faire appel à la bourse des parents.

On a eu également en vue d'éviter que le mari ne se crût pas diminué en présence de sa femme, au cas où cette dernière aurait été à peu près seule à pouvoir faire des apports au foyer. Ajoutons que, quelle que soit la fortune de la femme ou de ses parents, le mari reste toujours tenu de l'obligation de la dot, dans l'intérêt de sa dignité, et pour le mettre à l'aise dans l'exercice de ses droits matrimoniaux.

Revenons maintenant aux conditions requises pour la validité du mariage, en commençant par l'âge des époux. Au vrai, la loi musulmane ne fixe pas, d'une façon impérative, un âge au-dessous duquel il y a prohibition de mariage, mais on est généralement d'accord pour admettre que les époux doivent avoir atteint à un certain développement de leurs facultés procréatrices, laissé, d'ailleurs, à la libre appréciation des juges du fait.

Quant au consentement, il n'est exigé comme condition essentielle qu'à l'égard de l'homme et de la femme

veuve ou divorcée ; mais lorsqu'il s'agit d'une jeune fille vierge, et quel que soit son âge, son père a toujours le droit de la marier sans prendre soin de la consulter ; c'est là pour lui une simple faculté dont il est libre d'user ou de ne pas user, au gré de son désir. Une difficulté pourra surgir de ce chef à l'occasion du mariage d'une jeune fille musulmane, majeure d'après la loi française, et dont le père obtiendrait sa naturalisation par un acte postérieur à la majorité de la fille. En vertu du principe établi en droit international privé, et d'après lequel les enfants majeurs ne profitent pas de plein droit de la naturalisation de leurs ascendants, il est clair qu'à partir du moment où le père a acquis la qualité de citoyen français, dans les conditions que nous venons d'indiquer, il se trouve, par rapport à sa fille, dans la même situation juridique que deux individus ressortissants à des patries différentes.

Dans cette hypothèse, le père sera-t-il fondé à se prévaloir de sa qualité pour prétendre imposer un mari à sa fille à l'encontre de son gré ? Pour répondre à la question posée, il suffit de se rappeler, comme l'écrit notre savant maître, M. le professeur Weiss, « que la puissance paternelle est aujourd'hui organisée partout dans l'intérêt exclusif de l'enfant, en vue de son entretien, de son éducation, de son développement moral, d'où la conséquence que c'est la loi de l'enfant qui doit être consultée, alors même qu'il s'agirait d'un droit qui, bien que se rattachant à la puissance paternelle proprement dite, paraîtrait surtout institué à l'avantage du père : le droit de jouissance légale, par exemple ». (A. Weiss, *Tr. élém. de droit intern. privé*, p. 522).

Or, c'est précisément dans le but de protéger la jeune fille contre sa faiblesse naturelle, son inexpérience de la vie et des hommes, que la loi musulmane a armé le père d'un droit exorbitant qui le dispense de prendre l'avis de la jeune fille pour la marier. Il convient d'ajouter que ce droit appartient au père d'une façon exclusive, et que nul autre que lui ne peut valablement engager une jeune fille dans les liens d'un mariage, en dépit de son consentement, celui-ci pouvant d'ailleurs implicitement résulter du silence qu'elle garde. (Dans ce sens, Ibnou Abi Zeydine. Traduction Fagnan).

Mais cette obligation pour tout autre que le père de demander le consentement préalable de la jeune fille, n'implique pas que cette dernière ait le pouvoir de contracter mariage sans l'assistance de son plus proche parent mâle, de son tuteur ou, à défaut, du cadi agissant dans l'intérêt de l'ordre public musulman.

Il nous reste à considérer la condition relative à la parenté ou à l'alliance au degré prohibé.

En droit français, les empêchements au mariage à raison de la parenté ou de l'alliance sont réglés par les articles 161 et suivants du Code civil ; à cet égard, il n'y a guère de différence entre la loi française et la loi musulmane qu'au point de la prohibition par cette dernière de l'union entre frère et sœur de lait, tandis qu'elle regarde comme parfaitement licite cette union entre cousins germains.

Une autre cause d'empêchement spéciale à la loi coranique consiste dans le *chighâr* qui se trouve réalisé dans l'une des trois hypothèses ci-après :

1° Primus épouse la fille de Secundus qui lui-même

épouse la fille de Primus, et il n'y a pas de dot ;

2° Dans le même cas, chacun stipule une dot égale ;

3° Primus épouse la fille de Secundus avec dot, et marie sa propre fille à Secundus sans dot.

Exemples cités d'après Fagnan, dans la *Rissalah*.

Le point dominant de cette question du *chighâr* est la violation de la formalité de la dot, formalité substantielle, nous l'avons vu, dont la sanction consiste dans la dissolution du mariage, s'il n'y a pas déjà eu consommation ; dans le cas inverse, le mariage se trouve validé, à charge par l'homme de représenter une dot dont le montant s'estime d'après le rang et la condition sociale de la femme.

Pour en terminer avec les formalités antérieures au mariage, disons que la femme veuve ou divorcée, quel que soit son âge, a une capacité juridique égale à celle de l'homme, et que la loi lui donne les droits les plus étendus pour souscrire des engagements de ce chef, même à l'encontre du sentiment de ses ascendants.

Sur ce point, la loi musulmane se trouve en parfait accord avec le Code civil pour proclamer que le mariage opère de plein droit l'émancipation des conjoints.

*
* *

Aux termes des articles 212, 213 et 214 du Code civil, le mariage fait naître, à la charge réciproque des époux, le devoir de fidélité, secours et assistance ; l'obligation pour le mari de protéger sa femme, et pour la femme d'obéir à son mari ; enfin, la femme est tenue de cohabiter avec son mari. Le premier de ces

devoirs, celui qui a trait à la fidélité, est sanctionné, en droit français, par les peines portées aux articles 337 et 339 du Code pénal et comportant une amende de 100 à 2,000 francs pour le mari, et à l'égard de la femme, la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus, le mari restant d'ailleurs maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme.

A la différence de la loi française, le Coran prévoit une peine uniforme pour l'adultère du mari, aussi bien que de la femme, cette peine étant au surplus infiniment plus sévère, puisqu'elle comporte, dans tous les cas, la mort par lapidation.

Voilà, par exemple, qui est de nature à détromper ceux qui, trop volontiers, se représentent la loi musulmane comme d'une souplesse et d'une commodité excessives au point de vue spécial des règles du mariage.

Il est à peine besoin d'ajouter que les prescriptions édictées par le législateur musulman, comme sanction du devoir de fidélité des époux, n'ont plus de nos jours qu'un intérêt purement théorique du fait de l'intervention des autorités françaises pour s'opposer à leur mise en application. Nous verrons qu'en guise de correctif à cette extrême sévérité, la loi coranique a eu soin de simplifier considérablement les formalités du divorce, ce qui permet de réduire au minimum les tentations coupables toujours à craindre, lorsqu'on considère que l'union conjugale doit avoir une durée indéfinie, même en l'absence d'entente et d'affection mutuelle. Mais nous verrons aussi que ces facilités semblent surtout avoir été édictées dans l'intérêt exclusif du mari.

Quant au devoir de secours mutuel, il se trouve réglementé d'une façon à peu près identique en droit français et musulman, avec cette particularité qu'aux termes de la loi coranique, c'est au mari, et à lui seul, qu'incombe le soin de pourvoir à l'alimentation, à l'entretien et au logement du ménage, même s'il était établi que la femme possède des ressources personnelles lui permettant de se suffire en dehors de son mari. Il est également de principe que l'obligation de fournir des aliments n'existe qu'au profit exclusif de la femme, à la différence de ce qui a lieu en droit français, conformément aux dispositions de l'art. 206 du Code civil ainsi conçu : « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ».

La sanction des prescriptions édictées au sujet de la pension alimentaire consiste dans le pouvoir reconnu au bénéficiaire d'en poursuivre l'exécution par voie d'action judiciaire ; mais, sur ce point, la loi musulmane se trouve encore une fois en concordance avec le Code civil pour décider que c'est à celui qui réclame des aliments à faire la preuve qu'il est dans le besoin.

Jusqu'ici, les tribunaux français n'ont pas fait de difficultés pour accueillir les demandes émanées de parents musulmans, à l'encontre de leurs enfants, pour les contraindre à l'obligation de leur fournir des secours alimentaires.

Considérons à présent le cas de deux musulmans mariés devant l'officier de l'état civil, conformément aux

prescriptions de la loi française. Il n'est pas douteux, ainsi que le proclame, d'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation en date du 24 juillet 1888, que le mariage entre deux musulmans, célébré en conformité de la loi française, entraîne pour eux l'abandon de leur statut personnel et les soumet aux lois civiles françaises concernant le régime matrimonial et le règlement de leurs successions respectives.

Cela posé, quels seront les droits du beau-père et de la belle-mère musulmans au point de vue de la pension alimentaire résultant de l'art. 206 du Code civil ? Il nous paraît conforme aux principes de décider qu'à raison du statut personnel qui leur est reconnu, les beaux-parents ne seraient pas recevables à introduire une action à l'égard des époux mariés dans les formes de la loi française, puisque, nous l'avons vu, dans de tels cas, c'est toujours à la loi nationale qu'il faut se référer pour déterminer l'étendue et les conditions d'exercice d'un droit essentiellement attaché à la personne, comme c'est le fait dans notre espèce.

Nous omettrons à dessein de nous livrer à de longs détails au sujet de l'obligation imposée au mari de protéger sa femme ; soucieuse d'entourer cette dernière de tous les soins nécessités par sa faiblesse naturelle, la loi coranique recommande à l'homme, lorsque la situation de fortune le lui permet, de procurer à sa femme les domestiques et serviteurs dont elle peut avoir besoin, suivant le rang plus ou moins considérable qu'elle occupe dans la société. Il est également d'obligation pour l'homme de pourvoir aux frais d'allaitement de son enfant, à moins qu'il ne s'en trouve empêché par l'insuf-

fisance de ses ressources, ou que l'enfant ne puisse s'accommoder d'un autre sein que celui de sa propre maman.

Avant d'en arriver aux causes de dissolution du mariage, il nous reste à dire un mot du devoir incombant à la femme d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider. La jurisprudence considère cette obligation comme étant fondée non seulement sur les dispositions du Code civil, mais aussi sur le droit naturel, en sorte que l'étranger résidant en France peut actionner sa femme devant les tribunaux français pour la contraindre à remplir cette obligation : Dalloz, *supp.*, v^o *Mariage*, n. 410.

La loi coranique ne va pas aussi loin et stipule que si la femme, en principe, est obligée d'habiter le même domicile que son mari, ce devoir cesse pour elle d'être obligatoire lorsque le mari est atteint de démence ou de défauts affectant chez lui l'appareil génital, toutes causes susceptibles, d'ailleurs, ainsi que nous allons bientôt le voir, d'être invoquées pour introduire une instance en divorce.

En droit français, le divorce ne peut être prononcé que pour l'une des trois causes suivantes :

- 1^o L'adultère du mari ou de la femme ;
- 2^o Les excès, sévices ou injures graves ;
- 3^o La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

En dehors de ces trois cas limitativement fixés par la loi française, il n'est pas prévu d'autres causes de dissolution du mariage par divorce ; la loi musulmane, au contraire, déclare recevable l'action en divorce par la

réalisation de l'une quelconque des circonstances ci-après :

L'apostasie de l'un des conjoints, l'anathème prononcé entre eux, la répudiation, le consentement mutuel ou Koûl, l'impuissance constatée postérieurement à la célébration du mariage, etc.

Après avoir admis que c'est toujours d'après la loi personnelle des époux que se règlent les difficultés relatives au mariage, nous n'avions plus besoin d'entrer dans des développements sur les causes de divorce spéciales à la loi islamique, n'était-ce notre souci de contribuer tant soit peu à la documentation du public français s'intéressant aux études de droit musulman.

L'apostasie, que nous avons placée au premier rang de ces causes, consiste, comme chacun sait, dans l'abandon de sa religion originaire pour en embrasser une autre. Suivant une opinion, elle opère de plein droit la dissolution du mariage, sans qu'il y ait lieu à divorce ; nous préférons nous ranger à l'avis de Charnoubi qui estime que l'apostasie n'étant qu'une cause de rupture du lien conjugal, il appartient au mari d'actionner sa femme en justice pour aboutir au divorce. Il y a même doute sur le point de savoir si ce divorce, nécessaire en tout état de cause, revêt un caractère révocable ou définitif ; la majorité des auteurs inclinent pour cette dernière opinion.

Reste à considérer le cas où les époux ayant appartenu antérieurement à une autre religion que l'islamisme se convertissent à celui-ci ; on admet que cette conversion laisse subsister le mariage avec tous ses effets ; mais, dans son commentaire de la Rissalah,

Charnoubi subordonne la validité du mariage dont s'agit à la condition qu'il n'ait pas été vicié dans son origine par une cause prohibitive aux yeux de la loi musulmane, en particulier lorsque les époux sont proches parents ou ont été nourris du sein de la même femme. La solution est analogue lorsque c'est le mari seul qui se convertit à l'islamisme, puisque la loi coranique considère comme licite le mariage d'un musulman avec une non musulmane, à condition toutefois que cette dernière ne professe pas le paganisme. Cette tolérance a sa cause dans l'espérance que fonde la loi sur l'ascendant moral et l'autorité du mari pour déterminer sa femme à se convertir à son tour à l'islamisme. Lorsque, au contraire, c'est la femme qui se convertit la première, le mariage se trouve dissous de ce fait, à moins que la conversion subséquente du mari n'intervienne au cours de la période d'attente légale sur la durée de laquelle l'opinion des auteurs n'est pas d'ailleurs uniforme, mais qu'on peut estimer comprise entre une et trois périodes menstruelles (Dans ce sens : Fagnan, sous Ibnou Abi Zeydine).

Enfin, au cas où le païen converti se trouverait marié avec plus de quatre femmes, maximum fixé par la loi coranique, il serait invité à se séparer d'avec celles qui seraient en surnombre, étant entendu que son choix n'a d'autre limitation que les prohibitions pour cause de parenté ou d'alliance.

L'anathème ou Liâne est une cause de divorce spéciale à la loi musulmane ; il entraîne pour les époux l'interdiction à toujours de se remarier. Toutefois, pour qu'il puisse en être ainsi, la loi exige la condition que

l'anathème soit réciproque, et non pas seulement l'œuvre du mari. Quant à sa formule, elle n'est pas fixée d'une façon impérieuse, et peut résider dans l'appel de la malédiction divine sur la tête de quelqu'un ou dans toute autre parole d'imprécation. Sur ce point, le juge du fait dispose d'un pouvoir d'appréciation aussi large qu'en matière d'injures au sens de l'art. 231 du Code civil.

Le divorce par répudiation, étranger au droit français moderne, est au contraire de pratique très courante chez les musulmans.

Pour qu'il soit conforme à la tradition, le divorce par répudiation doit remplir les conditions suivantes :

1° Il ne faut pas qu'il intervienne pendant la période menstruelle, ni en cours de grossesse, ni dans les soixante jours qui suivent l'accouchement ;

2° Le répudiateur doit être musulman, majeur, en pleine possession de ses facultés mentales, conscient de la portée de son acte ;

3° Il faut le fait matériel de la répudiation.

Le divorce fait en violation de ces principes traditionnels n'en est pas moins valable, sous le bénéfice des réserves ci-après :

Si, par exemple, la répudiation se produit au cours de la période menstruelle, le mari est contraint judiciairement à reprendre sa femme avant le terme de l'attente légale, pour ensuite la répudier dans les règles, à condition toutefois que la première répudiation n'ait pas été définitive (Fagnan, sous Ibnou Abi Zeydine).

Il en est de même lorsque la femme est enceinte, à moins que le mari ne l'ait sciemment divorcée, malgré la connaissance qu'il avait de son état.

Quand la répudiation est l'œuvre d'un non musulman ou d'un individu encore trop jeune pour être apte à la cohabitation, elle est considérée comme nulle et de nul effet, pareillement, lorsque le mari est en état de délire, de folie passagère ou d'ivresse. Suivant une opinion divergente, le divorce prononcé en cours d'ivresse est valable si celle-ci a été causée par une boisson alcoolique, tels que le vin, la bière ou les liqueurs. En faisant cette distinction, on avait en vue le cas d'un individu atteint d'une ivresse accidentelle résultant de l'absorption d'un produit exempt d'alcool, tel que le lait aigre, et qui, dans son égarement, aurait déclaré répudier sa femme. Les auteurs sont unanimes pour proclamer que le mariage n'encourt pas dissolution dans ce cas spécial.

Le fait matériel de la répudiation consiste dans toute parole impliquant la volonté formelle et non équivoque du mari de réaliser la rupture du lien conjugal, par exemple, lorsque s'adressant à sa femme, il lui disait : « Ta personne t'appartient, ou je te considère désormais comme sacrée pour moi ».

Quelle que soit la formule employée, le divorce revêt un caractère définitif et irrévocable s'il a été prononcé trois fois par le mari ; dans le cas inverse, ce dernier a la faculté de reprendre sa femme tant que la période d'attente légale n'est pas arrivée à expiration, mais on est généralement d'accord pour admettre que le mari est alors tenu de l'obligation de donner à sa femme une certaine compensation à titre de réparation du préjudice moral qu'il lui cause.

La répudiation par trois fois, outre qu'elle est défini-

tive, emporte prohibition pour les époux de se remarier, avant que la femme n'ait contracté une union dans l'intervalle avec un autre homme. Si dans le but de la rendre licite pour son premier mari, un homme épousait la femme divorcée dans les circonstances que nous venons de préciser, cette seconde union serait nulle et ne pourrait pas avoir pour effet de valider le mariage des divorcés, sauf au cas où ces derniers auraient ignoré de bonne foi l'intention de l'agent intermédiaire.

Mais ce que nous avons dit de la répudiation par trois fois ne s'applique qu'au cas où il n'y aurait pas eu consommation du mariage avec la femme divorcée ; sinon elle n'entraîne d'autre conséquence que le caractère d'irrévocabilité du divorce.

Antérieurement à la loi du 27 juillet 1884, il existait en droit français une cause de divorce par consentement mutuel, dont les conditions étaient réglées en ces termes par l'art. 233 du Code civil, aujourd'hui abrogé :

« Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce ».

Cette cause spéciale de divorce, actuellement disparue de la législation française, est au contraire d'une extrême fréquence en droit musulman où elle est désignée sous l'appellation de Koul-ou.

Le Koul-ou consiste, pour la femme, à proposer une transaction à son mari, en lui offrant une compensation pécuniaire, aux fins d'obtenir à son profit la rupture du

lien conjugal ; en cas d'acceptation, le divorce devient définitif tant au regard du mari que de la femme.

Une autre originalité de la loi musulmane est le serment par assimilation incestueuse dont la formule est : « Tu es pour moi comme le dos de ma mère », adressée à l'épouse ou à l'esclave concubine (Fagnan, *op. cit.*). Le mari qui prononce un pareil serment à l'encontre de sa femme doit s'interdire de cohabiter avec elle jusqu'à ce qu'il ait subi une expiation consistant dans l'affranchissement d'un esclave musulman, exempt de vices physiques et n'étant point l'objet d'une copropriété ; il peut encore se racheter en jeûnant sans interruption pendant soixante jours ou en assurant l'alimentation de soixante pauvres musulmans, à raison d'un mouîd pour chacun d'eux (mesure pour les graines dont la contenance est d'environ deux litres sous nos climats). Si, nonobstant cette interdiction, il cède à la tentation de cohabiter avec sa femme, la loi musulmane est muette pour indiquer la sanction qui s'applique et se contente de recommander au délinquant de prier pour mériter l'absolution divine.

A la différence de ce qui est écrit dans le droit français, la loi coranique considère l'absence légalement constatée comme une cause de dissolution du mariage, mais seulement après que la durée en aura atteint quatre années. Il y a doute sur le point de savoir à partir de quel moment ce délai commence à courir. D'après une première opinion, c'est du jour où la déclaration d'absence a été faite à l'autorité judiciaire ; pour d'autres auteurs, au contraire, le délai s'impute à partir du moment où les parents de l'absent ou ses

ayants-cause ont cessé de se livrer à des recherches pour découvrir le lieu de son existence. Ajoutons, toutefois, que la loi ne déclare ouverte la succession de l'absent que s'il existe de fortes présomptions pour croire qu'il n'est plus en vie ; à cet égard, il y a encore divergence d'opinions pour la détermination de la durée normale de la vie ; d'après Charnoubi (Commentaire de la *Rissalah*) cette durée est fixée à soixante-dix ans.

Lorsqu'un homme est reconnu atteint d'impuissance, la loi musulmane lui accorde pour sa guérison un délai d'une année, passé lequel délai, la femme a le droit d'opter entre la continuation ou la rupture du lien conjugal, de même que dans l'hypothèse où le mari est atteint de lèpre ou de vices affectant d'une façon permanente l'appareil génital.

Le mariage *in extremis* n'est pas admis en droit musulman, et il doit être dissous sans même que les tribunaux aient à en prononcer la nullité ; mais s'il a été consommé, l'épouse a droit à l'intégralité de la dot stipulée ou, à défaut, d'une dot estimée d'après son rang ou sa condition sociale.

Pareillement, est nul et non avenue le divorce prononcé par le mari au cours d'une maladie grave, ou plutôt le divorce est suspendu dans ses effets jusqu'à ce que l'on soit fixé sur l'issue de la maladie ; si le malade en succombe, la femme conserve tous ses droits à la succession du défunt.

Il nous reste à examiner les conséquences du divorce au point de vue de la loi musulmane, conséquences variables suivant que la femme est vierge ou non, et avec les causes déterminantes du divorce,

Si la rupture du mariage a été prononcée à l'égard de l'épouse avec laquelle il n'y a pas eu cohabitation, le mari est tenu de verser la moitié de la dot stipulée, à moins que la femme ne déclare par elle-même ou par son tuteur y renoncer expressément. En ce cas, il est conforme aux convenances et à la délicatesse musulmanes que le répudiateur fasse à sa femme divorcée un cadeau proportionné à son rang et à sa fortune ; mais cette obligation ne lui incombe pas à l'endroit de la femme avec laquelle il aura cohabité, non plus que celle qui, de sa propre initiative, aurait consenti un sacrifice financier pour mettre fin à l'union conjugale.

Nous avons vu que le divorce peut résulter de maladies très graves, telle que la lèpre ou l'affection des organes sexuels. Le mariage dissous dans ces conditions laisse subsister l'obligation de la dot à l'encontre du mari, s'il y a eu consommation, et sauf le recours de ce dernier contre les parents de la femme convaincus de mauvaise foi, en laissant se perpétrer le mariage, bien qu'au courant de l'existence de la tare de la femme. Si, au contraire, il est établi que c'est la femme qui est de mauvaise foi, la loi ne lui accorde qu'une somme uniforme d'un quart de dinar.

Par l'exposé qui précède, on a pu voir combien sont profondes les différences qui séparent les législations française et musulmane, en matière matrimoniale ; sur plus d'un point le contraste est flagrant et le conflit insoluble entre ces deux législations. Mais notre rôle s'est borné à l'interprétation rigoureuse et impartiale de la loi coranique, réservant nos appréciations et nos conclusions pour le chapitre final de ce travail.

CHAPITRE III

Le conflit relatif aux successions.

En droit français, le mot succession peut désigner soit l'ensemble des biens laissés par une personne décédée, soit le mode de dévolution de ces biens aux héritiers appelés à les recueillir et qu'on appelle les successeurs. Les héritiers sont rangés dans trois catégories distinctes :

1° Les héritiers légitimes unis au défunt par les liens de la parenté légitime ;

2° Les héritiers naturels dont la filiation naturelle est établie en vertu d'une reconnaissance ou d'un jugement ;

3° Les successeurs irréguliers, tels que le conjoint survivant et l'Etat.

Les dispositions de la loi coranique sont à peu près identiques à celles du Code civil en ce qui concerne la classification de successeurs, sous la seule réserve que les enfants naturels sont écartés, tandis que le maître est appelé à la succession de son esclave affranchi, en l'absence d'héritiers légitimes de ce dernier, et par préférence à l'Etat.

Pour être apte à succéder à quelqu'un, les deux lois française et musulmane sont d'accord pour poser la condition que l'héritier ait vécu en même temps que le *de cuius* et qu'il lui ait survécu ; ce point soulève la ques-

tion de connaître avec précision le moment à partir duquel la succession est légalement acquise à la personne qui en revendique le bénéfice. Le cas présentera de l'intérêt lorsque deux personnes trouvent la mort dans un même sinistre (naufrage, incendie, etc.).

Dans une pareille hypothèse, on ne peut évidemment que se livrer à des présomptions basées sur les chances de survie tenant à l'âge ou au sexe, et d'après les indications écrites aux art. 720, 721 et 722 du Code civil ; la loi coranique décide qu'en pareil cas il y a de part et d'autre la même inaptitude à succéder.

A un autre point de vue, on pourra avoir à déterminer l'époque à partir de laquelle l'existence de l'enfant est légalement établie par rapport à la mort du *de cujus*, question importante au suprême degré, puisque nous venons de voir que l'aptitude à succéder est conditionnée par le fait que l'héritier et le défunt aient vécu en même temps.

A quelques différences près, la loi musulmane renferme des dispositions analogues à celles des art. 720 à 722 du Code civil susvisés et de l'art. 312 se référant à la durée normale de la grossesse.

De même encore que le Code civil, la loi musulmane a prévu un certain nombre de causes d'indignité pour recueillir une succession et consistant dans :

1° Le fait par un mari de désavouer l'enfant du *de cujus* ;

2° Le fait d'avoir été le meurtrier du *de cujus*.

A ce dernier égard, il y a lieu de préciser que le meurtrier doit être poussé par la haine, et non appelé de par ses fonctions à appliquer la peine de mort à un

coupable, auquel cas il ne peut être prononcé d'exclusion contre lui pour cause d'indignité (Dans ce sens : Fagnan, sous Ibnou Abi Zeydine).

Lorsque le meurtre n'est que le résultat d'un fait accidentel de la part de son auteur, celui-ci n'encourt d'exclusion que pour l'indemnité obtenue par les parents de la victime, à titre de réparation civile, mais ses droits successoraux restent entiers à l'égard des autres biens du défunt. Il est encore de principe en droit musulman que la différence de religion est une cause d'inaptitude pour succéder ; en particulier, le musulman n'est pas recevable à revendiquer la succession d'un chrétien, et réciproquement.

Nous aurons maintenant à étudier les règles de dévolution des successions, telles qu'elles se trouvent posées par la loi coranique. Dès la mort du *de cujus*, il sera fait un prélèvement sur ses biens, en suivant l'ordre établi ci-après :

1° Toute dette de corps certains, tels que choses déposées en nantissement par des tiers ou un esclave grevé d'un droit réel par suite d'un noxe commis par lui ;

2° Le montant des dépenses faites en bon père de famille pour les funérailles du défunt ;

3° Le montant de toutes les dettes du défunt ;

4° Le montant de tous les legs faits par lui dans la limite du tiers disponible (Citations faites d'après Sidy Khalil, traduction N. Signette).

Comme on a pu le voir, la loi musulmane n'offre aucune différence essentielle avec le Code civil au point de vue de la détermination du passif et de l'actif de la

succession. Mais il en est tout autrement en ce qui concerne la répartition des biens entre les héritiers légitimes.

Pour la commodité de nos comparaisons, nous adopterons l'ordre suivi par Ibnou Abi Zeydine, en classant les héritiers comme suit : le conjoint, la mère, le père, le fils, la fille, la sœur, le frère et l'aïeul.

D'après le Coran, chapitre IV, verset 13, la moitié de l'actif successoral est dévolue à l'époux survivant, en l'absence d'enfants issus de la femme ou du fils de cette dernière, et cela sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre les descendants masculins ou féminins, légitimes ou naturels, non plus qu'au point de vue de savoir si les enfants dont s'agit sont issus de l'époux survivant ou d'un autre mari de la femme décédée. Si, au contraire, la conjointe meurt après avoir laissé des descendants dans les conditions sus-indiquées, la loi n'accorde plus au mari que le quart des biens ayant appartenu à son épouse. La même règle s'applique au cas où c'est la femme qui a survécu à l'homme, sous réserve que sa part héréditaire est réduite au quart ou au huitième de l'actif successoral, suivant qu'il existe ou non des descendants du conjoint remplissant les conditions énumérées ci-dessus.

Il est manifeste qu'au point de vue spécial de l'époux venant en cette qualité à une succession, le Coran a édicté des prescriptions tout autres que celles qui sont écrites dans le deuxième paragraphe de l'article 767 du Code civil, aux termes duquel :

« Le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété, et contre lequel il n'existe

pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est :

D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ;

D'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants issus d'un précédent mariage ;

De moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers ».

Il se pourra présenter une difficulté à l'occasion du partage des biens laissés par un musulman décédé sans postérité, et qui, après avoir contracté mariage dans les formes prévues par sa loi religieuse, aurait demandé et obtenu pour lui et sa femme la qualité de citoyen français par un décret de naturalisation.

Un point acquis d'une façon certaine, c'est qu'au regard de la loi française, est parfaitement valable l'union de ces deux musulmans intervenue à une époque antérieure à celle de leur accession à la qualité de citoyen français ; la difficulté sera seulement dans le fait de savoir si, pour déterminer la capacité successorale de l'un des conjoints, il faudra se placer au moment de leur mariage ou à celui du décès du *de cujus*.

D'après l'opinion formulée dans le Code civil annoté de Dalloz (Commentaire de la loi du 26 juin 1889, page 227, n° 81), l'acquisition de la qualité de citoyen français ne peut avoir d'effet rétroactif, et ne saurait porter atteinte aux droits acquis résultant pour la femme (ou les enfants) des lois et coutumes musulmanes qui régissaient leurs rapports avec leur mari ou

leur père. Par analogie, il nous paraît rationnel de décider que la succession *ab intestat* des conjoints musulmans dont s'agit devra être réglée d'après la loi de leur statut d'origine, sous l'empire de laquelle leur union avait été conclue. On peut invoquer dans le même sens le fait qu'un arrêt de la Cour d'Alger, en date du 14 mars 1883, a consacré la doctrine d'après laquelle la renonciation faite par deux musulmans aux lois de leur statut personnel au point de vue matrimonial, reste limitée dans ses effets aux conséquences du mariage et ne fait pas obstacle à ce que leur succession soit réglée et dévolue conformément à la loi musulmane.

Considérons maintenant les règles relatives à la capacité héréditaire des ascendants du premier degré, aux termes de la loi coranique :

La même survivante a droit au tiers des biens laissés par son fils prédécédé, à moins qu'elle ne se trouve en concours avec un enfant ou avec deux ou plusieurs collatéraux privilégiés du *de cujus*, auquel cas sa part héréditaire sera réduite du sixième de l'actif successoral (Coran, chapitre IV, verset 12). Si le défunt laisse après lui sa femme et ses deux ascendants, il sera attribué à la femme le quart, à la mère le tiers du surplus, et au père le reste des biens successibles ; lorsqu'au contraire c'est la femme qui prédécède, laissant ses deux ascendants et son mari, ce dernier hérite de la moitié, la mère du sixième, le reste de la succession étant dévolu au père. Comme on peut le remarquer, la loi musulmane s'est écartée ici du principe posé par le Code civil et d'après lequel, en matière successorale,

on ne peut passer à une classe d'héritiers tant qu'il reste des représentants de la classe précédente.

Ce fait que des héritiers d'ordre très différents peuvent se trouver en concours pour le partage d'une succession musulmane, constitue une source de grosses difficultés, parce qu'il oblige à recourir au procédé de la réduction proportionnelle connue en droit musulman sous le nom de *Avlou*.

Pour bien se faire une idée du mécanisme de cette réduction proportionnelle, il convient de se rappeler qu'en matière de succession musulmane, les bases du partage de l'as héréditaire sont les nombres deux, quatre, huit, trois, six, douze ou vingt-quatre, selon la réserve à prélever.

Par le jeu de la réduction, la base six pourra se trouver réduite à sept, huit, neuf ou dix ; la base douze à treize, quinze ou dix-sept, la base vingt-quatre à vingt-sept (Khalil, traduction N. Seignette).

Le commentateur Charnoubi indique un cas d'application de ce procédé dans les deux espèces suivantes :

1° Le défunt laisse après lui sa mère, sa sœur et son conjoint ; la base du partage est ici le nombre six, ce qui fera attribuer un tiers à la mère et la moitié au mari, le reliquat de la succession étant dévolu à la sœur germaine consanguine. Avec la réduction proportionnelle, dont l'application s'impose dans notre hypothèse, on divisera l'actif héréditaire en huit parties égales, de telle sorte qu'il puisse être attribué un quart à la sœur, trois huitièmes à la mère et trois huitièmes au conjoint survivant ;

2° Les héritiers sont la veuve du *de cujus*, ses père

et mère et ses deux filles. On divisera en vingt-sept parts au lieu de vingt-quatre, et la répartition se fera suivant la règle ci-après : trois parts à l'épouse survivante, huit aux deux ascendants, et le surplus, soit seize parts, aux filles du *de cujus*.

On voit par ces deux exemples que la réduction proportionnelle ne peut jouer que dans le cas où, par suite des réserves à prélever, le partage doit nécessairement aboutir à des fractions dont la somme est supérieure à l'unité. (Dans ce sens : Sidy Khalil, au mot « Réduction des réserves »).

La totalité de la succession est acquise à l'enfant du sexe masculin, en l'absence d'autres héritiers réservataires tels que le conjoint survivant et les ascendants du *de cujus*. Le concours du fils avec ces réservataires oblige à recourir à la réduction proportionnelle dont nous avons déjà expliqué le mécanisme.

Pour abréger les exemples, nous n'allons envisager que les cas suivants : 1° Les héritiers en concours sont le fils et la veuve du défunt ; 2° Ce sont les mêmes héritiers en présence des père et mère du *de cujus*.

Dans la première hypothèse, la difficulté est à peu près nulle, puisqu'il suffira d'opérer le partage en quatre parties, pour permettre au conjoint de prélever sa réserve qui est d'un quart de la succession, le reliquat étant recueilli par le fils. La répartition sera un peu plus complexe dans le deuxième cas, à raison du déplacement de la base du partage, la veuve héritant par huitième, tandis que les ascendants ont droit chacun à un sixième du fait qu'ils se trouvent en concours avec un enfant du sexe masculin. On divisera l'actif

en quatorze parties égales, de telle sorte qu'il soit dévolu trois parts à la veuve, huit parts aux deux ascendants et le surplus au fils du *de cujus*.

Ajoutons que les droits successoraux du petit-fils sont identiques à ceux du fils, en l'absence de ce dernier ; c'est ainsi qu'étant seul, il recueille toute la succession ; qu'en concours avec un réservataire, il a droit à la totalité du surplus, après prélèvement de la réserve, etc.

Cette règle n'est cependant pas absolue, puisqu'il est des circonstances où le petit-fils peut se trouver exclu, tandis que le fils ne l'est pas, par exemple, lorsque le défunt laisse deux filles et ses deux ascendants, en ce cas, les deux tiers de la succession sont acquis aux filles et le tiers formant le reliquat aux ascendants du prédécédé. (Voir dans le même sens : Fagnan, sous Ibnou Abi Zeydine).

En droit français, il est de principe que le partage soit égal entre héritiers du même degré, conformément à la règle écrite dans l'article 745 du Code civil, disposant que : « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture et encore qu'ils soient issus de différents mariages :

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation ».

A la différence du Code civil français, le Coran prescrit que la part héréditaire de l'homme soit égale, en principe, au double de celle de la femme, chaque fois

que des héritiers de l'un et de l'autre sexe se trouvent appelés dans une succession aux mêmes titre et degré. Cette inégalité de traitement trouve sa justification dans le fait qu'au point de vue du législateur musulman, la femme n'est jamais tenue de l'obligation de contribuer aux charges incombant à l'homme, ni dans le domaine de la vie de famille, ni dans celui de la vie sociale.

Il a paru équitable qu'à raison de cette absence totale de responsabilité pour la femme, la loi ne lui ait pas accordé des droits qualitativement et quantitativement égaux à ceux de l'homme.

Bien plus, le Coran considère comme d'ordre public la prescription relative à la capacité héréditaire de la femme, puisqu'il a pris soin de préciser qu'en aucun cas et quel que soit leur nombre, l'intégralité de l'actif successoral ne peut être acquise aux successibles du sexe féminin. C'est par application de cette règle que la loi musulmane a fixé à la moitié des biens successoraux la part héréditaire de la fille unique ou en concours avec une petite-fille du *de cujus* ; aux deux tiers de ces biens, s'il y a deux ou plusieurs filles venant au partage en la même qualité, le reliquat de la succession devant être attribué à l'Etat musulman ou Baïtil Mal.

Empressons-nous d'ajouter que cette dernière prescription ayant été établie dans un but essentiellement fiscal et pour procurer à la collectivité musulmane les ressources indispensables à l'entretien des Mosquées et des fondations pieuses, la pratique moderne a considéré cette clause comme non avenue à l'égard des Etats chrétiens sous la domination desquels une partie

des territoires musulmans se trouve aujourd'hui placée, soit par suite de conquêtes ou d'annexions, soit en vertu de traités de commerce ou protectorat.

Une autre originalité de la loi musulmane réside dans le fait que la descendance féminine n'est pas attributive de capacité successorale ; c'est ainsi que se trouvent écartés les cousins issus de la sœur, de même que le petit-fils tenant au *de cujus* par une fille de ce dernier. Ces héritiers sont appelés les « daoul arhâm », par opposition aux « acebs » et aux réservataires. Il est également conforme à la doctrine coranique que les héritiers étant composés de frères et sœurs, la dévolution s'opère à raison de deux parts masculines pour une part féminine, à condition toutefois que les frères et sœurs ne soient pas en concours avec le père ou avec des enfants mâles.

Remarquons cependant que le frère utérin et la sœur utérine ont absolument les mêmes droits et la même capacité héréditaire dans tous les cas où la loi les habilite à recueillir une succession *ab intestat*, par dérogation à la règle ci-dessus et d'après laquelle, à égalité de degré et de qualité, une part masculine vaut toujours le double de la part féminine correspondante.

Il nous aura suffi d'avoir fait ressortir, par les exemples qui précèdent, les différences essentielles qui séparent la loi musulmane du Code civil français, au point de vue spécial des règles qui gouvernent la matière des successions, le cadre de notre étude, non plus que les conditions dans lesquelles nous nous trouvons obligés de travailler, ne nous permettant pas d'entrer dans les détails d'un sujet aussi complexe. Nous signalerons

néanmoins la particularité relative à la part héréditaire de l'hermaphrodite, à raison précisément de l'incertitude où l'on se trouve de déterminer s'il doit lui être dévolu une part masculine ou une part féminine. D'après Sidy Khalil, « lorsqu'il y aura doute sur le sexe prédominant d'un hermaphrodite, il héritera de la moitié de la part qui lui serait dévolue s'il était du sexe masculin, ajoutée à la moitié de celle qui lui serait dévolue s'il était du sexe féminin ». N. Seignette indique une application de cette règle dans le cas ci-après :

« Ainsi, dans l'espèce où seraient appelés un héritier du sexe masculin et un hermaphrodite, l'as héréditaire serait d'abord partagé en deux parts, en considérant l'hermaphrodite comme s'il était du sexe masculin, ensuite en trois parts, en le considérant du sexe féminin. Toutes les fractions obtenues seront réduites à un dénominateur commun qui sera le produit des deux dénominateurs multiplié par le nombre de partages faits, soit $2 \times 3 \times 2 = 12$.

D'où, six douzièmes ayant été attribués dans le premier partage à l'hermaphrodite et quatre douzièmes dans le second, il lui sera définitivement attribué la moitié de leur somme, soit cinq douzièmes ».

Nous faisons à dessein de laisser de côté le maître appelé à la succession de son esclave décédé sans postérité, après avoir obtenu une charte d'affranchissement. L'interdiction de posséder des esclaves étant absolue et d'ordre public en France et dans les colonies françaises, il ne saurait venir dans l'esprit de personne de concevoir la possibilité d'un conflit de législation à

raison des prétendus droits d'un musulman à la succession vacante de son esclave.

Mais la situation est loin d'être aussi claire à l'égard d'un musulman devenu citoyen français par l'effet d'une naturalisation et décédé en laissant des héritiers de l'un et de l'autre sexes.

Si nous admettons avec notre savant maître, M. le professeur Weiss, que la naturalisation d'un indigène musulman ne change pas la condition de ses enfants, même mineurs, la question ne pourra se poser qu'au point de vue de savoir si la dévolution de la succession devra être réglée par la loi personnelle du *de cujus*, en l'espèce la loi française, ou par celle de ses enfants restés soumis aux lois de leur statut musulman.

Or, deux cas peuvent se présenter : ou bien le musulman, en même temps qu'il a opté pour le statut français, a déclaré avoir renoncé à la loi musulmane, ou bien ses sentiments religieux sont demeurés intacts, en dépit du changement intervenu dans sa condition juridique.

Dans le premier cas, la loi musulmane déclare que les enfants ne seront pas appelés à la succession de leur père, la différence de religion étant considérée comme une cause d'incapacité héréditaire, ainsi que nous l'avons déjà indiqué au début de ce chapitre. Faudra-t-il tirer argument de cette disposition de la loi coranique pour déclarer que la succession du *de cujus* est acquise à l'Etat français, en l'absence d'héritiers ayant les qualités requises pour pouvoir la revendiquer ?

A notre avis, cette solution serait à la fois anti-juri-

dique et anti-politique; anti-juridique, parce que le Code civil ayant déterminé d'une façon essentiellement limitative les causes d'indignité en matière successorale, on ne pourrait s'expliquer que le juge français puisse prononcer des déchéances de ce chef, en vertu des dispositions spéciales à la loi coranique; anti-politique, parce que la solution indiquée aurait pour conséquence fatale de rendre de plus en plus rares les demandes de naturalisation émanées de sujets musulmans, au préjudice de la politique d'assimilation progressive que poursuit la France dans la presque totalité de ses possessions coloniales.

Pour résoudre la difficulté, il nous paraît rationnel de décider que la capacité successorale des enfants dont s'agit n'est pas atteinte du fait de la répudiation par le père de la religion musulmane, à condition cependant que la dévolution des biens du *de cujus* ne fasse pas échec au principe établi par le Code civil au sujet du privilège d'ainesse ou de masculinité; en d'autres termes, les enfants seront appelés à la succession de leur auteur, mais seulement dans la mesure où la répartition pourra se faire en conformité de la règle écrite dans l'art. 745 du Code civil, dont il a déjà été fait mention.

Notre solution s'inspire de celle proposée par M. Weiss à l'égard de l'étranger que le droit commun de son pays appellerait à une succession, mais qui s'en trouverait écarté à raison d'une déchéance que la loi française condamne comme contraire aux intérêts de la société ou de la morale (Weiss, *Traité élém. droit intern.*, p. 578).

Ajoutons que, dans l'espèce ci-dessus, il y a de sérieuses raisons pour que le musulman successible, afin de rester en paix avec sa conscience religieuse, préfère renoncer à l'exercice des droits que lui reconnaît à cet égard la loi française. Dans ces conditions, l'Etat français ne pourrait plus encourir de reproche pour avoir recueilli la succession en déshérence.

Dans l'hypothèse où le musulman est resté fidèle à sa religion, nonobstant la concession à lui faite de la qualité de citoyen français, la question ne se posera plus de savoir si la capacité héréditaire des enfants a pu se trouver atteinte par le changement intervenu dans la situation juridique de leur père, dont la loi personnelle déterminera pour eux l'étendue et les conditions d'exercice des droits successoraux, sous le bénéfice des réserves que nous avons formulées plus haut, en ce qui concerne le privilège de masculinité et de primogéniture.

CHAPITRE IV

Le conflit des lois en matière de donations et de testaments

D'après Charnoubi, la donation consiste à transférer à quelqu'un la pleine propriété d'un objet matériel d'une certaine utilité, à titre gratuit ou à charge de contrepartie.

De même qu'en droit français, la loi musulmane exige pour la validité d'une donation, la réunion des conditions ci-après :

- 1° Le donateur doit être propriétaire de la chose formant l'objet de la donation ;
- 2° Etre pourvu de discernement ;
- 3° Il faut que le donataire ait accepté la donation.

A ces trois conditions, le Code civil, art. 931 et 948, ajoute celles relatives à la nécessité d'un acte notarié et à la rédaction d'un état estimatif pour les donations d'objets mobiliers.

Aux termes de la loi musulmane, toute libéralité non réclamée du vivant de son auteur reste acquise à la succession de celui-ci, s'il vient à mourir avant la prise de possession par le bénéficiaire. Il en est de même dans le cas où le donateur se trouve frappé d'aliénation mentale ou de maladie grave mettant ses jours en danger, si à l'époque où ces événements se produisent la tradition de l'objet légué n'avait pas encore été effectuée.

« Suivant l'opinion d'Ibnoul Kassim, la demande en délivrance faite avant la mort équivaut à l'entrée en possession effective, de même que le retard provenant de la mise à l'enquête des témoins à l'acte de libéralité ne peut préjudicier au droit du bénéficiaire » (Fagnan, sous Ibnou Abi Zeidine).

A la différence du Code civil, qui a édicté une longue série de causes d'incapacité de recevoir par donation entre vifs, art. 907 et suivants, la loi musulmane ne prononce la caducité de ces donations que par la réalisation de l'une des conditions suivantes :

- 1° L'apostasie du donateur ou du bénéficiaire ;
- 2° La condition illicite ;
- 3° La non-observation de la quotité disponible.

Ces règles étant posées, considérons le cas d'un indigène musulman devenu citoyen français par voie de naturalisation, et décédé après avoir stipulé une donation en faveur d'un individu également musulman, mais non encore en possession de l'objet de la donation à la mort de son auteur.

Dans notre hypothèse, on a surtout en vue la capacité du légataire pour recevoir par voie de donation entre vifs ; or, cette capacité doit s'estimer d'après la loi personnelle du bénéficiaire, c'est-à-dire d'après la loi musulmane, qui décide en pareil cas caducité de la donation. Au surplus, il ne nous apparaît pas que la renonciation au statut musulman, limitée aux seuls effets de cette renonciation au point de vue des droits civils et politiques, soit de nature à modifier les conditions intrinsèques d'un contrat régulièrement passé sous l'empire de la loi personnelle des parties intéressées.

Une autre difficulté résidera dans le fait de déterminer par quelle législation devra être régie une libéralité faite par un indigène resté musulman, malgré l'attribution qui lui aurait été faite de la qualité de citoyen français. Il n'est pas douteux que la loi française s'appliquera dans tous les cas où l'acte portant dispositions entre vifs aura été passé dans la forme authentique prescrite par l'art. 931 du Code civil. Mais que décider au cas où l'acte en question ne serait pas revêtu de la forme ci-dessus indiquée ? Sera-t-il tenu comme nul et non avenu, parce que ne remplissant pas les conditions auxquelles la loi personnelle du donateur, la loi française en l'espèce, soumet les libéralités entre vifs ? Ou bien, au contraire, faudra-t-il, eu égard à la loi religieuse du disposant, présumer qu'il a voulu se conformer aux prescriptions de cette dernière loi ? A notre avis, la nullité de la donation est la seule solution qui s'impose juridiquement, par ce fait qu'un individu est censé avoir renoncé à la totalité des avantages qu'il tient de son statut personnel du jour où, sur sa demande, il a été admis à la jouissance et à l'exercice des droits attachés à la qualité de citoyen français.

Il est cependant des circonstances où, en l'absence de toute précision à cet égard, on sera naturellement amené à cette présomption que le donateur a entendu faire une disposition régie exclusivement par la loi musulmane, lorsque la libéralité, de par sa nature même, ne peut être réglée qu'à la lumière des principes édictés par le Coran, en particulier, dans le cas où il s'agit d'une donation essentiellement religieuse, telle qu'une libéralité faite en faveur d'une mosquée.

En droit français, la donation est soumise à deux règles de fond : le dépouillement actuel et irrévocable du donateur, un enrichissement correspondant du bénéficiaire. Du principe de l'irrévocabilité découle la conséquence que le donateur ne peut, par un acte de sa volonté, anéantir ou restreindre les droits acquis à la personne en faveur de laquelle la libéralité aura été stipulée, sauf dans les trois cas ci-après où la loi admet la révocation des donations :

- 1° Inexécution des charges ;
- 2° Ingratitude ;
- 3° Survenance d'enfant légitime.

Sur ce point, la loi musulmane se différencie quelque peu du Code civil, puisqu'elle ne prévoit d'autre cause de révocation des donations que celle résultant de l'inexécution des charges qui en sont la condition essentielle.

Par contre, la loi coranique reconnaît à un homme le droit de reprendre le don consenti à son fils, soit mineur, soit majeur, pourvu que ce don n'ait pas provoqué le mariage ou la constitution d'une dette, ou que le donateur n'y ait pas introduit un élément nouveau (Ibnou Abi Zeydine. Trad. Fagnan).

Il en est ainsi, en particulier, lorsque l'objet de la donation étant une matière première, le bénéficiaire aura transformé cette matière première en un produit manufacturé, ou bien lorsque le don, consistant en un animal domestique, le donataire, au moyen d'un dressage intelligent et persévérant, aura réussi à faire acquérir à cet animal des aptitudes tout à fait spéciales et qu'on ne rencontre pas communément chez les individus de même espèce.

La même faculté de révocation existe pour la mère, à condition toutefois qu'elle ne l'exerce pas après le décès du père, puisqu'il est de principe, en droit musulman, que la donation n'est pas révocable lorsqu'elle est stipulée en faveur d'un orphelin, c'est-à-dire d'un enfant dont le père est décédé, à l'exclusion de la mère.

Enfin, et conformément à ce que nous venons de dire ci-dessus, celui qui a reçu une donation à charge de contre-partie est tenu de s'en acquitter ou de restituer le don, et dans le cas où celui-ci aurait péri, d'en représenter la valeur, étant entendu, d'ailleurs, que c'est au juge du fait qu'il appartient de déterminer, d'après les circonstances, si la libéralité était conditionnelle ou pure et simple, dans l'intention commune du donateur et du bénéficiaire.

*
* * *

Le grand juriste musulman Ibnou Arafata a donné du testament la définition suivante que nous empruntons à la traduction du Khalil par N. Seignette :

Le testament est, dans son acception juridique, un acte par lequel le testateur constitue, sur le tiers disponible de ses biens, un droit qui deviendra définitif à son décès, ou par lequel il institue un tuteur pour le remplacer après sa mort.

Le testament, dont la confection est recommandée à tout musulman possesseur de biens d'une certaine importance, devient d'obligation stricte lorsque, par son défaut, le musulman risque de compromettre gravement les intérêts de ses créanciers ou des personnes avec lesquelles il se trouve être en relations d'affaires.

Au point de vue de ses règles essentielles, le testament se distingue de la donation en ce qu'elle ne produit effet qu'à la mort du testateur, d'où la conséquence que, pour apprécier la capacité de recevoir du légataire, il faudra se placer au moment du décès du disposant et non à celui de la rédaction du testament.

A la différence de ce qui a été stipulé dans le Code civil, la loi musulmane exige, pour la régularité d'un testament, la condition qu'il ait été rédigé en présence de deux témoins, ou que le testateur ait recommandé d'une façon expresse et non équivoque que l'on exécute ce qui sera trouvé dans telle pièce écrite de sa main ; en d'autres termes, le testament est toujours un acte solennel, ce qui exclut la forme mystique dont le droit français a consacré la validité, au même titre que le testament rédigé par devant notaire. Quant aux règles de fond qui gouvernent notre matière, il y a entre les deux lois française et musulmane une identité de dispositions presque absolue, ainsi qu'on peut s'en rendre compte par les termes de la note ci-après de Fagnan, sous Ibnou Abi Zeydine :

« Les quatre éléments constitutifs du testament sont :
1° Le testateur qui doit être libre, avoir le discernement et être plein propriétaire, cela exclut l'esclave, celui dont le passif dépasse l'actif, le mandataire pour les choses dont il n'a que la charge ; 2° le bénéficiaire qui doit exister ou pouvoir exister, tel un enfant conçu ou pouvant l'être ; mais une mosquée, un pont, etc..., sont regardés comme pouvant être bénéficiaires.

Il en est de même pour une personne dont le testateur connaît la mort : le legs dans ce cas servira à

acquitter les dettes du bénéficiaire ou, à défaut, sera recueilli par les héritiers — autres que le *beyt el-mal*, dit-on ordinairement de celui-ci ; 3^e la chose léguée doit être susceptible de propriété — ce qui exclut le vin, etc... — mais qui peut être inconnue, par exemple le petit à naître d'un animal ou une récolte future ; 4^e la forme qui consiste en toute expression ou signe de la volonté, sans formule sacramentelle ; en outre, l'acceptation *post-mortem* du bénéficiaire, quand c'est une personne déterminée, est indispensable ; donnée *ante mortem*, elle serait sans valeur, puisque le testateur peut toujours revenir sur ses volontés. On admet unanimement que le légataire devient propriétaire par la mort du testateur, si son acceptation suit immédiatement cette mort, et c'est l'opinion la plus vraisemblable quand l'acceptation est retardée. Il en est qui soutiennent que la transmission de propriété ne s'opère que par l'acceptation ».

Ces principes étant posés, il ne sera pas sans intérêt de se demander à quelles conditions serait tenu pour valable un testament établi par un indigène musulman, dans l'une des formes prévues par l'article du Code civil. Il est d'abord hors de conteste que, quelle que soit sa nationalité, le testateur a toujours la faculté de spécifier la législation dont les règles devront servir à l'interprétation de ses dernières volontés. Ses droits à cet égard ne sont limités que par l'ordre public international dans le pays où le testament est appelé à produire ses effets.

Mais alors, il pourra se poser la question de savoir ce qu'il adviendrait du testament fait par un musulman

dans la forme authentique prévue par la loi française, lorsque dans l'expression de ses dernières volontés, le testateur n'aurait pas tenu compte des règles posées par le Coran au sujet de la réserve et de la quotité disponible.

A notre avis, le legs sera sujet à réduction toutes les fois qu'il aura été fait en violation des règles auxquelles il est fait allusion ci-dessus, la situation envisagée étant à peu près la même que celle d'un étranger appelé à établir son testament sur le territoire de la France.

Dans ce cas particulier, M. A. Weiss enseigne que, contrairement à la solution admise par la jurisprudence, « les tribunaux français devront, dans l'appréciation des dernières volontés d'une personne étrangère, tenir un compte exclusif des lois sur la réserve et sur la quotité disponible auxquelles elle est personnellement soumise, quelles que soient la situation des biens légués et la nationalité du légataire ou de l'héritier ; de même que les lois françaises sur la réserve restreindront à l'étranger le droit de disposition de nos nationaux rapatriés ».

CHAPITRE V

Conclusion

Avant de terminer cette étude, il nous reste à faire preuve d'impartialité et de probité intellectuelle en signalant quelques-unes des objections juridiques soulevées à l'encontre de la loi du 29 septembre 1916 par des juristes éminents, comme M. Pierre Dareste. D'après le savant et distingué directeur du *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales*, la loi ci-dessus, au point de vue de ses conséquences pratiques, pourrait passer pour l'une des plus étranges et des plus inattendues parmi les lois qui aient été soumises jusqu'à ce jour à l'approbation du Parlement français, et au soutien de son opinion, M. Dareste se livre à une série de déductions procédant du souci de serrer de près la réalité juridique, à l'exclusion de toute préoccupation d'ordre politique.

En particulier, M. Dareste croit à l'existence, entre le citoyen français et l'indigène du Sénégal, d'un fossé creusé par ce fait que « le statut personnel des Sénégalais est nettement incompatible avec notre droit public, non pas tant à raison de ses traits particuliers que de son fondement qui est essentiellement différent de celui du droit français. Pour le musulman Sénégalais, comme pour tous les musulmans — et il en est exactement de même des Hindous — le droit se confond

avec la religion. La source du droit musulman, c'est le Coran. Les coutumes et les commentateurs ont développé les préceptes du Coran, mais ces préceptes sont intangibles. Le droit de ces indigènes manque, par suite, du caractère que nous estimons indispensable à tout droit moderne : il n'est pas laïque. Il prend sa source hors de l'atteinte du législateur civil : si nos organismes législatifs s'avisaient de vouloir modifier ou abroger les règles tracées par le Coran, pas un musulman ne se soumettrait. Pas un ne comprendrait un seul instant que des Assemblées siégeant à Paris, ou un décret du Chef de l'Etat français, eussent le pouvoir de déroger à la loi du Prophète. Des musulmans eux-mêmes ne se reconnaîtraient pas ce droit. Comment des non-musulmans se l'arrogeraient-ils ? Ainsi ce n'est pas seulement aux lois françaises actuelles que les Sénégalais entendent se soustraire : c'est, d'une manière générale, à toute intervention du législateur français. Quels seraient donc ces singuliers citoyens qui commencent par poser en principe que la législation de leur pays n'est pas faite pour eux, et qu'ils ne lui reconnaissent aucune autorité ? »

Sans nous faire des illusions au point de vue de la valeur de notre opinion à l'encontre de celle de M. Dareste, nous croyons pouvoir dire, sans crainte d'être taxé de présomptueux, que l'argumentation de l'éminent jurisconsulte est loin de nous paraître décisive. En effet, il est d'abord inexact de proclamer que le musulman sénégalais entend se soustraire, d'une manière générale, à toute intervention du législateur français, puisqu'il est de fait que toutes les lois civiles

et pénales de la Métropole lui sont applicables en principe, à l'exception de celles relatives aux questions d'état civil, successions, donations et testaments, et cela en vertu d'une tolérance du Gouvernement français, tolérance que ce dernier reste libre de restreindre ou même de supprimer, si la nécessité venait à s'en faire sentir de façon impérieuse. D'autre part, tout en reconnaissant que le droit musulman a sa source dans le Coran, dont les principes sont intangibles, il est encore de fait que les autorités françaises ont eu à maintes reprises l'occasion d'intervenir dans l'application de la loi musulmane toutes les fois que cette application leur a paru incompatible avec l'esprit de la civilisation moderne et les règles qui gouvernent la politique générale de la France en matière de colonisation. Il n'est pas besoin d'ajouter que jamais, dans de tels cas, le Gouvernement français n'a eu à s'embarasser de savoir comment les indigènes musulmans allaient prendre la mesure législative tendant à modifier ou à rendre inopérantes les dispositions jugées archaïques ou trop rigoureuses de la loi coranique.

Tout cet ensemble de faits prouve à l'évidence qu'il n'est pas possible à l'indigène musulman de rester soumis au droit commun ou de s'en écarter selon les inspirations de sa conscience religieuse.

C'est au gouvernement français qu'il appartient de décider en toute souveraineté s'il lui paraît opportun de décider que telles dispositions législatives doivent être étendues à la totalité de la population française établie dans la colonie ou à une partie seulement de cette population,

En fait, un régime d'exception n'a été institué au regard des Sénégalais que pour les questions limitativement énumérées en l'article 2 du décret du 20 mai 1857, après qu'il a été reconnu que, ce faisant, la France n'entendait rien abdiquer de ses droits de suzeraineté, mais seulement adapter, dans la mesure du possible, sa législation à la mentalité et au tempérament des populations qu'elle était appelée à régir. Nous ne pensons pas qu'il ait été de mauvaise méthode d'agir ainsi, d'autant que la politique coloniale de la France républicaine a toujours été caractérisée par la tendance à une assimilation progressive et rationnelle de l'indigène avec ses concitoyens d'Europe, tout en évitant de heurter celles de ses traditions religieuses qui n'ont rien d'incompatible avec la civilisation moderne.

Quant à craindre que les musulmans sénégalais admis à la jouissance de la plénitude des droits civils et politiques, ne se trouvent appelés un jour à prendre part à la confection de lois qui ne peuvent ne pas leur être applicables, nous avons vu que cette éventualité ne serait à envisager qu'en ce qui concerne les lois se rapportant aux questions relatives à l'organisation de la famille.

Or, à cet égard, les Sénégalais ne sont pas dans une situation sensiblement différente de celle des célibataires et des prêtres appelés à légiférer en matière matrimoniale ou de filiation, alors que toutes les lois de ce chef n'ont d'intérêt surtout que pour les personnes ayant des charges de famille.

Quoi qu'il en soit, et quelle que puisse être la valeur de notre raisonnement, nous n'aurons pas l'irrévéren-

cieuse prétention d'avoir répondu victorieusement aux objections que les lois de 1915 et de 1916 ont soulevées dans le monde colonial, dès le lendemain de leur promulgation.

C'est que les conflits résultant de leur rigoureuse application sont d'un ordre tel qu'il ne paraît pas possible de les résoudre autrement qu'en considérant ces lois, non comme des lois civiles, mais seulement comme des lois politiques destinées, dans l'esprit du législateur, à préciser le statut des Sénégalais originaires des communes de plein exercice au point de vue de leur capacité électorale, de même que leur situation devant les lois de 1905 et de 1913 sur le service militaire obligatoire.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Origine historique de la condition actuelle des Sénégalais.....	5
Monuments législatifs antérieurs au décret du 20 mai 1857.....	10
Des effets de la promulgation au Sénégal du décret du 20 mai 1857. Etude jurisprudentielle.....	15
Le décret du 20 mai 1857. Interprétation au point de vue des textes administratifs..	26
Des circonstances qui ont présidé à l'élaboration de la loi du 19 octobre 1915.....	33
Conséquence et étendue d'application de la loi du 19 octobre 1915.	43

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I ^{er} . — De quelques cas de conflits des lois françaises et musulmanes en matière civile. Considérations générales.....	51
CHAPITRE II. — Du conflit des lois françaises et musulmanes en matière matrimoniale.....	58
CHAPITRE III. — Le conflit relatif aux successions.....	77
CHAPITRE IV. — Le conflit des lois en matière de donations et de testaments.....	92
CHAPITRE V. — Conclusion.....	100

VU :
Le Doyen,
F. LARNAUDE

VU :
Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS

VU
et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris
Pour le Recteur,
L'Inspecteur d'Académie,
P. ROUSTAN

